



Die

Wiedereinsetzung

in den vorigen Stand.

Von

Dr. Rudolf Pollak,

k. k. Gerichtssecretär und Privatdocenten an der Universität Wien.



Wien, 1898.
Manz'sche k. und k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I., Kohlmarkt 20.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Von

Dr. Rudolf Pollak,

k. k. Gerichtssecretär und Privatdocenten an der Universität Wien.



Wien, 1898.

Manz'sche k. und k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I., Kohlmarkt 20.

Separatabdruck aus der „Allgemeinen Oesterreichischen Gerichts-Zeitung“.

I.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [1]) dient im österreichischen Civilprocesse der Behebung gewisser Rechtsnachtheile, welche die Versäumung von Tagsatzungen oder Fristen hervorruft (§ 146 C. P. O.). Ihre systematische Stellung und ihr Zweck sind der Praxis vielfach unklar, und sie müssen darum einleitungsweise um so eingehender erörtert werden, je bedeutsamer die praktischen Folgen ihrer richtigen Erkenntniß sind.

Am häufigsten äußert sich die Meinung, die Wiedereinsetzung sei dazu da, dem materiellen Rechte, sagen wir kurz, wenn auch ungenau, dem Privatrechtsanspruche wider das Proceßrecht zum Siege zu verhelfen; das formelle Recht solle nicht das materielle erschlagen. Selbst in gerichtlichen Entscheidungen kann man bisweilen diese Meinung anklingen hören. Sie ist falsch.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die materiellrechtliche Restitution, welche § 1450 a. b. G. B. für Oesterreich abschaffte, etwa ein Billigkeitsinstitut war; auch soll dahingestellt bleiben, welchen Tendenzen ursprünglich die processuale Wiedereinsetzung ihre Entstehung verdankte. Denn die Restitution des § 146 C. P. O. hat jedenfalls mit dem materiellen Rechte nicht mehr zu thun, als jedes andere Proceßinstitut; sie ist kein Billigkeits-, kein Ausgleichsinstitut zwischen den beiden Rechtsgebieten.

Das läßt sich durch eine Vergleichung der §§ 146, 530 Z. 7 und 531 C. P. O. schlagend beweisen.

Die Wiederaufnahmsklage der §§ 530 Z. 7 und 531 C. P. O. beruht gerade auf ihrem voraussichtlichen Erfolge für die „Hauptsache"; jene ob noviter reperta (§ 530 Z. 6) muß „eine günstigere Entscheidung der Hauptsache herbeiführen", jene des § 531 C. P. O.

---

[1]) Schuster, S. 502 ff.; Demelius in Gerichtshalle 1898, S. 113 ff.; Trutter, S. 219 ff.; Fürstl, ad § 146 ff.; Neumann, S. 407 ff.; Wachtel, S. 136 ff.; Beantwortung der Fragen S. 34 ff.; Klein, Schuldhafte Parteihandlung S. 145 ff.; Zroblowski, Die Restitution in integrum (in Haimerls Vierteljahrschr. XVIII, S. 293 ff.); Pratobevera in seinen Materialien VI, S. 117 ff., insbesondere S. 162—168; Unger, System II, S. 692 ff.; v. Canstein in Zeitschr. für deutschen Civilproceß XVI, S. 1 ff.; Gaupp-Stein und v. Wilmowsky-Levy, Comm. zur deutschen C. P. O. ad § 211.

„offenbar eine der Partei günstigere Entscheidung der Hauptsache zur Folge haben". Diesen Wiederaufnahmsklagen ist also nur stattzugeben, wenn sie — zwar nicht bestimmt, aber doch voraussichtlich — eine reformatio der Hauptentscheidung in melius des Wiederaufnahmsklägers herbeiführen [2]); ist dies nicht „voraussichtlich" (§ 530), respective nicht „offenbar" (§ 531), so ist die Wiederaufnahmsklage abzuweisen [3]). Bei diesem Institute besteht also ein enger Zusammenhang zwischen ihm und dem materiellen Rechte.

Ganz anders bei der Wiedereinsetzung ob terminum elapsum. § 146 C. P. O. spricht lediglich von dem „Rechtsnachtheil des Ausschlusses von der vorzunehmenden Proceßhandlung". Ob die ausgeschlossene Partei die betreffende Proceßhandlung mit Erfolg in der Hauptsache hätte vornehmen können oder nicht, das ist irrelevant [4]); denn § 146 C. P. O. enthält ganz im Gegensatze zu den §§ 530 Z. 7 und 531 C. P. O. gar keine Hindeutung auf einen solchen Zusammenhang zwischen der versäumten Proceßhandlung und der Entscheidung in der Hauptsache. Wir sind darum nicht berechtigt, diesen Zusammenhang in das Gesetz hinein zu interpretiren, sondern müssen daran festhalten: die Wiedereinsetzung des § 146 C. P. O. hat mit der „Hauptsache" des Processes gar nichts zu thun; sie ist nicht mehr als jedes andere Proceßinstitut dazu da, dem materiellen Rechte zu dienen; sie ist insbesondere nicht da, um dem materiellen Rechte zu theuer erkauften Siegen über das formelle Recht zu verhelfen [5]). Die Wiedereinsetzung ist nicht zu bewilligen, weil dem Antragsteller in der Hauptsache (z. B. durch das wider ihn erflossene Versäumnißurtheil) Unrecht geschehen sei; sie darf aber dem Antragsteller auch dann nicht versagt werden, wenn sie ihm offensichtlich in der Hauptsache nichts nützen kann. Die Wiedereinsetzung behebt nur den Rechtsnachtheil des Ausschlusses von der Vornahme der versäumten Proceßhandlung, nicht mehr und nicht weniger.

Bei dem unmeßbaren, aber um so gefährlicheren Einflusse des vermeintlichen Billigkeitsgefühles auf die Entscheidungen der Menschen kann dieser Grundsatz nicht energisch genug betont werden; in consequenter Durchführung desselben ist jeder Hinweis eines Wiedereinsetzungswerbers auf die materiellrechtlichen Folgen der Bewilligung oder Versagung der Wiedereinsetzung eine „überflüssige Weitläufigkeit" und in Schriftsätzen wenn möglich nach § 49 C. P. O. dadurch zu ahnden, daß dem Vertreter Kosten auferlegt werden.

---

[2]) In den Fällen des § 530 Z. 1—6 C. P. O. besteht dagegen dieser Zusammenhang zwischen der Wiederaufnahmsklage und dem Hauptprocesse nicht.

[3]) Ob schon a limine, ist wegen § 179 C. P. O. zweifelhaft; bejahend Mandyczewski, a. a. O. S. 691 f.; s. Neumann, S. 998.

[4]) Nicht ganz übereinstimmend Neumann, S. 407.

[5]) Wie Raucher in den Jur. Bl. 1898, S. 376 ff. behauptet; vgl. dagegen auch Klein, a. a. O. S. 147.

II.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat demnach ihren Platz lediglich im Proceßsysteme.

Welche Stellung nimmt sie hier ein?

Wieder äußert sich vielfach die Meinung, sie sei (wenigstens in diesem engen Rahmen) ein Billigkeitsinstitut, bestimmt, die starren Regeln des Civilprocesses für Ausnahmsfälle zu beheben. Soll mit dieser Redewendung nur der Gedanke zum Ausdrucke kommen, daß Billigkeitserwägungen den Gesetzgeber bestimmen, bisweilen gegen die von ihm angedrohten Rechtsfolgen von Versäumnissen die Parteien zu schützen, — so ließe sich über diesen, freilich dann nicht nur für die Wiedereinsetzung passenden Gedanken wohl reden; man würde lediglich festzustellen haben, daß das Wort „Billigkeit" hier besser durch „Zweckmäßigkeit" ersetzt wäre. Zweckmäßigkeitserwägungen waren es ja gewiß, welche zum Institute der Wiedereinsetzung führten. Aber die Redewendung ist wohl ernster gemeint. Sie soll eine Anweisung an die Gerichte bei der Entscheidung von Wiedereinsetzungsanträgen geben; sie soll zum Ausdruck bringen, daß ein favor restitutionis im Gesetze bestehe. Nur in dieser Fassung hat ja auch die Redewendung für die Gesetzesauslegung einen Sinn.

Aber dieser Sinn ist für die C. P. O. falsch.

Der Civilproceß steht unter starren Regeln und behandelt die Parteien strenger, als es das Privatrecht thut. Er sieht nicht auf den Willen und nicht auf die Absicht, sondern nur auf die Handlung. Ob die Partei handeln wollte oder nicht, und ob sie gerade so handeln wollte, wie sie es gethan hat, das ist ihm gleichgiltig; er hält sich an das in die Sinnenwelt tretende Geschehniß, an den eingebrachten Antrag, an die abgegebene Dispositiverklärung. Normen gleich den §§ 863—876 a. b. G. B. fehlen im Processe; Niemand kann z. B. im Civilprocesse einen Antrag mit der Begründung widerrufen, er habe ihn nur gezwungen gestellt, Niemand seine Klage zurückziehen, weil sie nur eine Scheinhandlung gewesen sei[6].

---

[6]) R. Pollak, Gerichtliches Geständniß S. 23 ff.; zustimmend Alfred Schultze in Zeitschr. für deutschen Civilproceß XIX, S. 341 ff und Paul, Vergleich im Civilproceß S. 6 ff.; a. M. Kohler, Beiträge zum Civilproceß S. 256 ff.

Ebenso indifferent wie gegen den Willen der Parteien verhält sich die C. P. O. gegen ihre Fähigkeit zur Vornahme ihrer Proceßhandlungen. Zwar wird der Richter mehrfach (z. B. in den § 64 Z. 4, 145, 432, 435 C. P. O., § 90 G. O. G.) angewiesen, der rechtsunkundigen Partei beizustehen; allein mit einer Ausnahme [7]) sind diese Vorschriften nur instructionell; handelt die Partei in concreto dennoch ungenügend, stellt sie z. B. nicht die entsprechenden Anträge, so kann sie sich nicht darauf berufen, daß sie schlecht berathen, oder zur Proceßführung schlecht qualificirt sei; ungenügende Rechtsbelehrung beispielsweise ist kein Berufungsgrund.

Ganz dem gleichen Gedankengange entspringt in der C. P. O. nicht nur der § 5 C. P. O., sondern auch die Norm des § 39 C. P. O., die gesetzliche Fiction, daß die Handlungen des Vertreters solche der Partei seien, und — mit Ausnahme des § 530 Z. 3 C. P. O. — der Ausschluß der restitutio ob malam defensionem [8]).

Demselben Grundgedanken des Civilprocesses endlich entspricht es, daß die Unterlassung einer Proceßpartei einfach als solche hingenommen und nicht nach ihrem Grunde geprüft wird; ob die Partei eine Tagsatzung versäumte, weil sie nichts vorzubringen hatte, oder weil sie an dieselbe vergaß, oder weil sie krank war, das ist aller Regel nach bedeutungslos; nirgends [9]) verpflichtet oder berechtigt die C. P. O. den Richter, darnach zu forschen; er muß z. B. das Versäumnißurtheil wider die ausgebliebene Partei fällen, weil sie trotz gehöriger Ladung ausgeblieben ist, und darf den Grund ihres Ausbleibens nicht prüfen.

Man kann demnach bezüglich der Willenserklärungen [10]) des Civilprocesses den scheinbar unerträglichen Satz aufstellen: der Schein gilt für die Sache. Der Satz ist nur scheinbar unerträglich, in Wahrheit für einen geordneten Civilproceß als Regel unentbehrlich. Den ausführlichen Beweis für diese Behauptung habe ich in meiner obcitirten Schrift über „Gerichtliches Geständniß" angetreten, verweise darum auf diese Schrift und wiederhole hier nur in Kürze die Resultate der dortigen Beweisführung. Der fragliche Satz hat seinen Grund in der Proceßökonomie: in den weitaus meisten Fällen decken erfahrungsgemäß Schein und Wesen einander; die Parteierklärungen sind gewollt, ihre Unterlassungen (namentlich die Totalversäumnisse) sind beabsichtigt; die meisten Geklagten bleiben aus, weil sie schuldig sind.

[7]) § 145 C. P. O. in Verbindung mit § 404 Z. 1 C. P. O.

[8]) Ueberzeugend Neumann S. 409 f. und Schauer in Allg. Oesterr. Ger.-Ztg. Nr. 37 ex 1897; Mandyczewski in Grünhuts Zeitschr. XXIV, S. 674; entgegengesetzt Navratil in Allg. Oesterr. Ger.-Ztg. 1897, Nr. 34. Für das gleich geordnete deutsche Proceßrecht s. Gaupp-Stein I, S. 444 ff.

[9]) Eine — praktisch wenig wichtige — Ausnahme normirt § 402 Z. 2 C. P. O.

[10]) Für die Wissenserklärungen (Geständnisse und sonstige Beweise) gilt das nicht.

Es wäre darum unökonomisch, in jedem Falle die doch meistens fruchtlose Untersuchung nach Willen und Absicht der Parteien anzustellen; um so unökonomischer, als man hiefür, wie den Proceß hinter das Privatrecht, so hinter den Proceß einen weiteren Proceß zur Untersuchung dieser Differenzen zwischen dem Willen und der Handlung stellen müßte; der Civilproceß würde durch diese Zwischenstreitigkeiten förmlich erdrückt. Darum treten die Rechtsfolgen processualer Willenserklärungen und Unterlassungen ohne Rücksicht auf Willen und Absicht der Parteien ein.

Dieser Satz bezeichnet den für einen ordentlichen Proceß unerläßlichen Formalismus; er schließt Billigkeitserwägungen im Processe freilich völlig aus. Ja, er steigert die Anforderungen an die Parteien, ihre Verantwortlichkeit für ihre Handlungen außerordentlich. Die Partei ist — im Wesentlichen — in ihren Handlungen im Civilprocesse völlig frei; aber sie handelt und unterläßt ganz auf eigene Gefahr; sie ist für ihre Handlungen und Unterlassungen sich und anderen ohne Rücksicht auf die Schuldfrage verantwortlich (Erfolghaftung) [11].

Auf diesem Grundsatze beruht es, daß es keine Wiedereinsetzung gegen die nachtheiligen Folgen abgegebener Willenserklärungen gibt, daß es also (wie schon oben hervorgehoben) an Normen gleich den §§ 871—876 a. b. G. B. fehlt. Desgleichen gibt es keine Wiedereinsetzung wegen mangelhaften Handelns, wegen der Unterlassungen der erschienenen Partei [12]; denn § 146 C. P. O. verlangt die Versäumung einer Tagsatzung oder Frist; wer also zur Verhandlung kommt und schlecht verhandelt (s. z. B. § 263 Abs. 1 C. P. O.), ungenügende Anträge stellt, wichtige Erklärungen nicht vorbringt rc., z. B. die Einwendung der Unzuständigkeit nicht bei der ersten Tagsatzung erhebt (§ 240 Abs. 2 C. P. O.), der ist selbst dann nicht in den vorigen Stand wieder einzusetzen, wenn diese Unterlassung ganz unverschuldet geschah, vielleicht sogar auf unrichtiger richterlicher Rechtsbelehrung beruhte. Ebenso gibt es keine Wiedereinsetzung bei gesetzlich fingirter Versäumniß; verhandelt die erschienene Partei z. B. ungeachtet richterlicher Aufforderung nicht (§ 134 Abs. 2 C. P. O.), wird sie nach § 198 Abs. 4 C. P. O. von der Verhandlung entfernt, oder erscheint sie trotz richterlichen Auftrages ohne Vertreter (§ 185 Abs. 1 C. P. O.), so kann sie gegen die Folgen ihrer Unterlassung ohne Rücksicht auf den Grund ihres „Ungehorsams“ nicht restituirt werden; dies ergibt sich gleichmäßig sowohl aus der ratio der fingirten Versäumniß, als aus den Voraussetzungen des § 146 C. P. O.

---

[11]) Der Satz ist hier als (weitaus überwiegende) Regel aufgestellt; vereinzelte Ausnahmen gibt es, s. z. B. §§ 48, 179, 181 Abs. 2, 275 Abs. 2, 278, 402 Z. 2 C. P. O.

[12]) Wachtel, S. 135.

Grundsätzlich gleich ist auch die Stellung der Civilproceßordnung gegenüber totalen Versäumnissen von Fristen und Tagsatzungen. Auch da wird nicht gefragt, ob die Partei handeln wollte oder nicht, und warum sie es unterließ. Nur wenn „Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle" die Versäumniß bewirken, wird wenigstens bei Tagsatzungen — von amtswegen — darauf Bedacht genommen (§ 402 Z. 2 C. P. O.), und zwar aus dem Grunde, weil in diesen Fällen der Partei die Möglichkeit nicht gegeben war, sich Gehör vor Gericht zu verschaffen. Von diesen seltenen Fällen abgesehen, wird zunächst procedirt, ohne nach dem Grunde des Parteihandelns oder ihrer Unterlassung zu fragen.

Nun gibt es aber erfahrungsgemäß Fälle, in denen die Partei handeln will, aber nicht gehörig oder nicht rechtzeitig handeln kann; diese Fälle sind sogar ziemlich zahlreich. Sie haben natürlicherweise sehr verschiedene Ursachen; die eine Partei ist etwa krank, die andere auf der Geschäftsreise, die dritte in Haft. Würde die Civilproceßordnung in allen diesen Fällen den Grund der Unterlassung unberücksichtigt lassen, so würde sie ihrem Zwecke untreu werden: ein Rechtsverwirklichungsinstitut zu sein. Denn so wenig seine einzelnen Institute (mit geringen Ausnahmen) in directer Beziehung zum concreten Privatrechte stehen, so sehr dient doch der ganze Civilproceß demselben. Er muß es also bisweilen berücksichtigen, wenn eine Partei nicht handelt, aber handeln will. Diese Berücksichtigung geschieht dann nach Prüfung der Gründe für das Nicht- oder nicht rechtzeitige Handeln; sie stellt eine Abweichung vor dem oben dargestellten Proceßformalismus dar.

Die verschiedenen Gesetzgebungen können nun begreiflicherweise diese Frage in verschiedener Weise regeln; ihre Abweichung von dem Principe der Erfolghaftung kann eine größere oder geringere sein. Je größer sie ist, desto weniger fest ist das Proceßgefüge. Mit großem Geschick hat die Civilproceßordnung es nun verstanden, dieser an sich durch Zweckmäßigkeitsgründe gebotenen, aber sehr gefährlichen Abweichung eine feste principielle Grundlage zu geben, welche sie über kleinliche utilitarische Erwägungen, über die Rücksichtnahme auf vereinzelte Fälle hinaushebt. Sie hat das Problem nach Analogie des § 402 Z. 2 C. P. O. unter dem Gesichtspunkte des rechtlichen Gehörs geregelt. Dort, wo das Ausbleiben der Partei, überhaupt ihre Versäumniß gleichzeitig die Verweigerung des rechtlichen Gehörs bedeuten würde, nur dort geht die Civilproceßordnung von ihrem Grundsatze ab, daß der Wille oder die Absicht der Partei irrelevant sei; dort und nur dort gestattet die Civilproceßordnung eine Prüfung der Gründe für die Unterlassung und je nach dem Ausgange dieser Prüfung die Gewährung erneuerter Möglichkeit rechtlichen Gehörs. Diese Abweichung des Gesetzes hat darum nur statt bei Totalversäumnissen; denn nur bei diesen hat ein rechtliches Gehör

der Partei nicht stattgefunden. Sie hat ferner nur dann statt, wenn die Möglichkeit rechtlichen Gehörs der Partei benommen war (s. V); hatte aber die Proceßpartei die nicht nur rechtliche, sondern auch factische Möglichkeit, gehört zu werden, und hat sie lediglich diese Möglichkeit versäumt, so bleibt die Civilproceßordnung bei der dargestellten Regel; eine Abweichung von derselben hat dann nicht statt. Wie die Civilproceßordnung nun im Detail ihren geschickten Grundgedanken für die Abweichung vom Proceßformalismus verwerthet, das nachzuweisen gehört zum Theile nicht in den Rahmen dieser Abhandlung, zum anderen Theile erfolgt es sub IV und V. Die Darstellung an dieser Stelle ist nur dem Nachweise gewidmet, daß nicht die Billigkeit dieser Grundgedanke war, und dieser Nachweis ist durch die dargestellte Subsumption der besprochenen Abweichung unter das Rechtsprincip: „audiatur et altera pars" erbracht. Ein weiterer Beweis liegt in Folgendem.

Wir haben schon oben hervorgehoben, daß jede Abweichung der Civilproceßordnung vor ihrem dargestellten formalistischen Principe zu Zwischenverfahren führen muß; dies ist denn auch hier der Fall. Zwei Institute sind durch diese Abweichung nothwendig geworden: ein präventives zur Vermeidung von Totalversäumnissen, ein repressives zur Behebung der Rechtsnachtheile eingetretener Versäumnisse; das erste Institut ist jenes der Tagsatzungserstreckungen und Fristverlängerungen, das zweite ist die Wiedereinsetzung.

Der enge sachliche Zusammenhang dieser zwei Institute kommt in den Systemen des österr. Civilprocesses nicht zum Ausdrucke[13]); um so energischer stellt ihn jetzt das Gesetz her.

Die Regierungsvorlage der C. P. O. hatte in ihren §§ 137, 145 Z. 1 und 159 in Gemäßheit ihres Grundgedankens die Voraussetzungen der beiden Institute wörtlich gleich gemacht, so daß an der Gleichheit ihrer rechtlichen Natur nicht zu zweifeln war. Die C. P. O. hat diesen gleichen Wortlaut in den §§ 128, 134 Z. 1 und 146 allerdings nicht mehr; allein sie enthält noch immer die (sub V 1 näher erörterten) Normen der §§ 146 Abs. 2 und 147 Abs. 3, nach denen Nichts ein Wiedereinsetzungsgrund sein darf, was nicht auch ein Tagsatzungserstreckungs- oder Fristverlängerungsgrund sein darf. Nun bezweifelt Niemand, daß z. B. eine Tagsatzung nur aus Rechtsgründ.n, nicht aber aus Billigkeit erstreckt werden dürfe; denselben Thatbestand aber bei Tagsatzungen lediglich unter rechtlichem, bei Wiedereinsetzungen aber unter dem Gesichtspunkte der Billigkeit zu betrachten, dafür fehlt jeder auch nur scheinbare Anhaltspunkt im Gesetze und jede ratio. Sind, wie nicht bezweifelt wird, Tagsatzungserstreckungen und Fristverlängerungen

---

[13]) Trutter, §§ 57, 58, 62; Schuster, §§ 32, 73; Ullmann, §§ 51, 55, 132; v. Canstein, Lehrbuch § 34.



Grundsätzlich gleich ist auch die Stellung der Civilproceßordnung gegenüber **totalen Versäumnissen** von Fristen und Tagsatzungen. Auch da wird nicht gefragt, ob die Partei handeln wollte oder **nicht**, und warum sie es unterließ. Nur wenn „Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle" die Versäumniß bewirken, wird wenigstens **bei** Tagsatzungen — von amtswegen — darauf Bedacht genommen (§ 402 Z. 2 C. P. O.), und zwar aus dem Grunde, weil in diesen Fällen der Partei die Möglichkeit nicht gegeben war, sich Gehör vor Gericht zu verschaffen. Von diesen seltenen Fällen abgesehen, wird **zunächst** procedirt, ohne nach dem Grunde des Parteihandelns oder ihrer Unterlassung zu fragen.

Nun gibt es aber erfahrungsgemäß Fälle, in denen die Partei handeln **will**, aber nicht gehörig oder nicht rechtzeitig handeln **kann**; diese Fälle sind sogar ziemlich zahlreich. Sie haben natürlicherweise sehr verschiedene Ursachen; die eine Partei ist etwa krank, die andere auf der Geschäftsreise, die dritte in Haft. Würde die Civilproceßordnung in allen diesen Fällen den Grund der Unterlassung unberücksichtigt lassen, so würde sie ihrem **Zwecke** untreu werden: ein Rechtsverwirklichungsinstitut zu sein. Denn so wenig seine einzelnen Institute (mit geringen Ausnahmen) in directer Beziehung zum concreten Privatrechte stehen, so sehr dient doch der ganze Civilproceß demselben. Er muß es also bisweilen berücksichtigen, wenn eine Partei nicht handelt, aber handeln will. Diese Berücksichtigung geschieht dann **nach Prüfung der Gründe** für das Nicht- oder nicht rechtzeitige Handeln; sie stellt eine Abweichung vor dem oben dargestellten Proceßformalismus dar.

Die verschiedenen Gesetzgebungen können nun begreiflicherweise diese Frage in verschiedener Weise regeln; ihre Abweichung von dem Principe der Erfolghaftung kann eine größere oder geringere sein. Je größer sie ist, desto weniger fest ist das Proceßgefüge. Mit großem Geschick hat die Civilproceßordnung es nun verstanden, dieser an sich durch Zweckmäßigkeitsgründe gebotenen, aber sehr gefährlichen Abweichung eine feste principielle Grundlage zu geben, welche sie über kleinliche utilitarische Erwägungen, über die Rücksichtnahme auf vereinzelte Fälle hinaushebt. Sie hat das Problem nach Analogie des § 402 Z. 2 C. P. O. **unter dem Gesichtspunkte des rechtlichen Gehörs geregelt.** Dort, wo das Ausbleiben der Partei, überhaupt ihre Versäumniß gleichzeitig die Verweigerung des rechtlichen Gehörs bedeuten würde, nur dort geht die Civilproceßordnung von ihrem Grundsatze ab, daß der Wille oder die Absicht der Partei irrelevant sei; dort und nur dort gestattet die Civilproceßordnung eine Prüfung der Gründe für die Unterlassung und je nach dem Ausgange dieser Prüfung die Gewährung erneuerter Möglichkeit rechtlichen Gehörs. Diese Abweichung des Gesetzes hat darum nur statt bei Totalversäumnissen; denn nur bei diesen hat ein rechtliches Gehör

der Partei nicht stattgefunden. Sie hat ferner nur dann statt, wenn die Möglichkeit rechtlichen Gehörs der Partei benommen war (s. V); hatte aber die Processpartei die nicht nur rechtliche, sondern auch factische Möglichkeit, gehört zu werden, und hat sie lediglich diese Möglichkeit versäumt, so bleibt die Civilprocessordnung bei der dargestellten Regel; eine Abweichung von derselben hat dann nicht statt. Wie die Civilprocessordnung nun im Detail ihren geschickten Grundgedanken für die Abweichung vom Processformalismus verwerthet, das nachzuweisen gehört zum Theile nicht in den Rahmen dieser Abhandlung, zum anderen Theile erfolgt es sub IV und V. Die Darstellung an dieser Stelle ist nur dem Nachweise gewidmet, daß nicht die Billigkeit dieser Grundgedanke war, und dieser Nachweis ist durch die dargestellte Subsumption der besprochenen Abweichung unter das Rechtsprincip: „audiatur et altera pars" erbracht. Ein weiterer Beweis liegt in Folgendem.

Wir haben schon oben hervorgehoben, daß jede Abweichung der Civilprocessordnung vor ihrem dargestellten formalistischen Principe zu Zwischenverfahren führen muß; dies ist denn auch hier der Fall. Zwei Institute sind durch diese Abweichung nothwendig geworden: ein präventives zur Vermeidung von Totalversäumnissen, ein repressives zur Behebung der Rechtsnachtheile eingetretener Versäumnisse; das erste Institut ist jenes der Tagsatzungserstreckungen und Fristverlängerungen, das zweite ist die Wiedereinsetzung.

Der enge sachliche Zusammenhang dieser zwei Institute kommt in den Systemen des österr. Civilprocesses nicht zum Ausdrucke[13]); um so energischer stellt ihn jetzt das Gesetz her.

Die Regierungsvorlage der C. P. O. hatte in ihren §§ 137, 145 Z. 1 und 159 in Gemäßheit ihres Grundgedankens die Voraussetzungen der beiden Institute wörtlich gleich gemacht, so daß an der Gleichheit ihrer rechtlichen Natur nicht zu zweifeln war. Die C. P. O. hat diesen gleichen Wortlaut in den §§ 128, 134 Z. 1 und 146 allerdings nicht mehr; allein sie enthält noch immer die (sub V 1 näher erörterten) Normen der §§ 146 Abs. 2 und 147 Abs. 3, nach denen Nichts ein Wiedereinsetzungsgrund sein darf, was nicht auch ein Tagsatzungserstreckungs- oder Fristverlängerungsgrund sein darf. Nun bezweifelt Niemand, daß z. B. eine Tagsatzung nur aus Rechtsgründ.n, nicht aber aus Billigkeit erstreckt werden dürfe; denselben Thatbestand aber bei Tagsatzungen lediglich unter rechtlichem, bei Wiedereinsetzungen aber unter dem Gesichtspunkte der Billigkeit zu betrachten, dafür fehlt jeder auch nur scheinbare Anhaltspunkt im Gesetze und jede ratio. Sind, wie nicht bezweifelt wird, Tagsatzungserstreckungen und Fristverlängerungen

---

[13]) Trutter, §§ 57, 58, 62; Schuster, §§ 32, 73; Ullmann, §§ 51, 55, 132; v. Canstein, Lehrbuch § 34.

„offenbar eine der Partei günstigere Entscheidung der Hauptsache zur Folge haben". Diesen Wiederaufnahmsklagen ist also nur stattzugeben, wenn sie — zwar nicht bestimmt, aber doch voraussichtlich — eine reformatio der Hauptentscheidung in melius des Wiederaufnahmsklägers herbeiführen [2]); ist dies nicht „voraussichtlich" (§ 530), respective nicht „offenbar" (§ 531), so ist die Wiederaufnahmsklage abzuweisen [3]). Bei diesem Institute besteht also ein enger Zusammenhang zwischen ihm und dem materiellen Rechte.

Ganz anders bei der Wiedereinsetzung ob terminum elapsum. § 146 C. P. O. spricht lediglich von dem „Rechtsnachtheil des Ausschlusses von der vorzunehmenden Proceßhandlung". Ob die ausgeschlossene Partei die betreffende Proceßhandlung mit Erfolg in der Hauptsache hätte vornehmen können oder nicht, das ist irrelevant [4]); denn § 146 C. P. O. enthält ganz im Gegensatze zu den §§ 530 Z. 7 und 531 C. P. O. gar keine Hindeutung auf einen solchen Zusammenhang zwischen der versäumten Proceßhandlung und der Entscheidung in der Hauptsache. Wir sind darum nicht berechtigt, diesen Zusammenhang in das Gesetz hinein zu interpretiren, sondern müssen daran festhalten: die Wiedereinsetzung des § 146 C. P. O. hat mit der „Hauptsache" des Processes gar nichts zu thun; sie ist nicht mehr als jedes andere Proceßinstitut dazu da, dem materiellen Rechte zu dienen; sie ist insbesondere nicht da, um dem materiellen Rechte zu theuer erkauften Siegen über das formelle Recht zu verhelfen [5]). Die Wiedereinsetzung ist nicht zu bewilligen, weil dem Antragsteller in der Hauptsache (z. B. durch das wider ihn erflossene Versäumnißurtheil) Unrecht geschehen sei; sie darf aber dem Antragsteller auch dann nicht versagt werden, wenn sie ihm offensichtlich in der Hauptsache nichts nützen kann. Die Wiedereinsetzung behebt nur den Rechtsnachtheil des Ausschlusses von der Vornahme der versäumten Proceßhandlung, nicht mehr und nicht weniger.

Bei dem unmeßbaren, aber um so gefährlicheren Einflusse des vermeintlichen Billigkeitsgefühles auf die Entscheidungen der Menschen kann dieser Grundsatz nicht energisch genug betont werden; in consequenter Durchführung desselben ist jeder Hinweis eines Wiedereinsetzungswerbers auf die materiellrechtlichen Folgen der Bewilligung oder Versagung der Wiedereinsetzung eine „überflüssige Weitläufigkeit" und in Schriftsätzen wenn möglich nach § 49 C. P. O. dadurch zu ahnden, daß dem Vertreter Kosten auferlegt werden.

---

[2]) In den Fällen des § 530 Z. 1—6 C. P. O. besteht dagegen dieser Zusammenhang zwischen der Wiederaufnahmsklage und dem Hauptprocesse nicht.

[3]) Ob schon a limine, ist wegen § 179 C. P. O. zweifelhaft; bejahend Mandyczewski, a. a. O. S. 691 f.; s. Neumann, S. 998.

[4]) Nicht ganz übereinstimmend Neumann, S. 407.

[5]) Wie Raucher in den Jur. Bl. 1898, S. 376 ff. behauptet; vgl. dagegen auch Klein, a. a. O. S. 147.

II.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat demnach ihren Platz lediglich im Proceßsysteme.

Welche Stellung nimmt sie hier ein?

Wieder äußert sich vielfach die Meinung, sie sei (wenigstens in diesem engen Rahmen) ein Billigkeitsinstitut, bestimmt, die starren Regeln des Civilprocesses für Ausnahmsfälle zu beheben. Soll mit dieser Redewendung nur der Gedanke zum Ausdrucke kommen, daß Billigkeitserwägungen den Gesetzgeber bestimmen, bisweilen gegen die von ihm angedrohten Rechtsfolgen von Versäumnissen die Parteien zu schützen, — so ließe sich über diesen, freilich dann nicht nur für die Wiedereinsetzung passenden Gedanken wohl reden; man würde lediglich festzustellen haben, daß das Wort „Billigkeit“ hier besser durch „Zweckmäßigkeit“ ersetzt wäre. Zweckmäßigkeitserwägungen waren es ja gewiß, welche zum Institute der Wiedereinsetzung führten. Aber die Redewendung ist wohl ernster gemeint. Sie soll eine Anweisung an die Gerichte bei der Entscheidung von Wiedereinsetzungsanträgen geben; sie soll zum Ausdruck bringen, daß ein favor restitutionis im Gesetze bestehe. Nur in dieser Fassung hat ja auch die Redewendung für die Gesetzesauslegung einen Sinn.

Aber dieser Sinn ist für die C. P. O. falsch.

Der Civilproceß steht unter starren Regeln und behandelt die Parteien strenger, als es das Privatrecht thut. Er sieht nicht auf den Willen und nicht auf die Absicht, sondern nur auf die Handlung. Ob die Partei handeln wollte oder nicht, und ob sie gerade so handeln wollte, wie sie es gethan hat, das ist ihm gleichgiltig; er hält sich an das in die Sinnenwelt tretende Geschehniß, an den eingebrachten Antrag, an die abgegebene Dispositiverklärung. Normen gleich den §§ 863—876 a. b. G. B. fehlen im Processe; Niemand kann z. B. im Civilprocesse einen Antrag mit der Begründung widerrufen, er habe ihn nur gezwungen gestellt, Niemand seine Klage zurückziehen, weil sie nur eine Scheinhandlung gewesen sei[6].

---

[6]) R. Pollak, Gerichtliches Geständniß S. 23 ff.; zustimmend Alfred Schultze in Zeitschr. für deutschen Civilproceß XIX, S. 341 ff und Paul, Vergleich im Civilproceß S. 6 ff.; a. M. Kohler, Beiträge zum Civilproceß S. 256 ff.

Ebenso indifferent wie gegen den Willen der Parteien verhält sich die C. P. O. gegen ihre Fähigkeit zur Vornahme ihrer Proceßhandlungen. Zwar wird der Richter mehrfach (z. B. in den § 64 Z. 4, 145, 432, 435 C. P. O., § 90 G. O. G.) angewiesen, der rechtsunkundigen Partei beizustehen; allein mit einer Ausnahme [7]) sind diese Vorschriften nur instructionell; handelt die Partei in concreto dennoch ungenügend, stellt sie z. B. nicht die entsprechenden Anträge, so kann sie sich nicht darauf berufen, daß sie schlecht berathen, oder zur Proceßführung schlecht qualificirt sei; ungenügende Rechtsbelehrung beispielsweise ist kein Berufungsgrund.

Ganz dem gleichen Gedankengange entspringt in der C. P. O. nicht nur der § 5 C. P. O., sondern auch die Norm des § 39 C. P. O., die gesetzliche Fiction, daß die Handlungen des Vertreters solche der Partei seien, und — mit Ausnahme des § 530 Z. 3 C. P. O. — der Ausschluß der restitutio ob malam defensionem [8]).

Demselben Grundgedanken des Civilprocesses endlich entspricht es, daß die Unterlassung einer Proceßpartei einfach als solche hingenommen und nicht nach ihrem Grunde geprüft wird; ob die Partei eine Tagsatzung versäumte, weil sie nichts vorzubringen hatte, oder weil sie an dieselbe vergaß, oder weil sie krank war, das ist aller Regel nach bedeutungslos; nirgends [9]) verpflichtet oder berechtigt die C. P. O. den Richter, darnach zu forschen; er muß z. B. das Versäumnißurtheil wider die ausgebliebene Partei fällen, weil sie trotz gehöriger Ladung ausgeblieben ist, und darf den Grund ihres Ausbleibens nicht prüfen.

Man kann demnach bezüglich der Willenserklärungen [10]) des Civilprocesses den scheinbar unerträglichen Satz aufstellen: der Schein gilt für die Sache. Der Satz ist nur scheinbar unerträglich, in Wahrheit für einen geordneten Civilproceß als Regel unentbehrlich. Den ausführlichen Beweis für diese Behauptung habe ich in meiner obcitirten Schrift über „Gerichtliches Geständniß“ angetreten, verweise darum auf diese Schrift und wiederhole hier nur in Kürze die Resultate der dortigen Beweisführung. Der fragliche Satz hat seinen Grund in der Proceßökonomie: in den weitaus meisten Fällen decken erfahrungsgemäß Schein und Wesen einander; die Parteierklärungen sind gewollt, ihre Unterlassungen (namentlich die Totalversäumnisse) sind beabsichtigt; die meisten Geklagten bleiben aus, weil sie schuldig sind.

---

[7]) § 145 C. P. O. in Verbindung mit § 404 Z. 1 C. P. O.

[8]) Ueberzeugend Neumann S. 409 f. und Schauer in Allg. Oesterr. Ger.-Ztg. Nr. 37 ex 1897; Mandyczewski in Grünhuts Zeitschr. XXIV, S. 674; entgegengesetzt Navratil in Allg. Oesterr. Ger.-Ztg. 1897, Nr. 34. Für das gleich geordnete deutsche Proceßrecht s. Gaupp-Stein I, S. 444 ff.

[9]) Eine — praktisch wenig wichtige — Ausnahme normirt § 402 Z. 2 C. P. O.

[10]) Für die Wissenserklärungen (Geständnisse und sonstige Beweise) gilt das nicht.

Es wäre darum unökonomisch, in jedem Falle die doch meistens fruchtlose Untersuchung nach Willen und Absicht der Parteien anzustellen; um so unökonomischer, als man hiefür, wie den Proceß hinter das Privatrecht, so hinter den Proceß einen weiteren Proceß zur Untersuchung dieser Differenzen zwischen dem Willen und der Handlung stellen müßte; der Civilproceß würde durch diese Zwischenstreitigkeiten förmlich erdrückt. Darum treten die Rechtsfolgen processualer Willenserklärungen und Unterlassungen ohne Rücksicht auf Willen und Absicht der Parteien ein.

Dieser Satz bezeichnet den für einen ordentlichen Proceß unerläßlichen Formalismus; er schließt Billigkeitserwägungen im Processe freilich völlig aus. Ja, er steigert die Anforderungen an die Parteien, ihre Verantwortlichkeit für ihre Handlungen außerordentlich. Die Partei ist — im Wesentlichen — in ihren Handlungen im Civilprocesse völlig frei; aber sie handelt und unterläßt ganz auf eigene Gefahr; sie ist für ihre Handlungen und Unterlassungen sich und anderen ohne Rücksicht auf die Schuldfrage verantwortlich (Erfolghaftung) [11]).

Auf diesem Grundsatze beruht es, daß es keine Wiedereinsetzung gegen die nachtheiligen Folgen abgegebener Willenserklärungen gibt, daß es also (wie schon oben hervorgehoben) an Normen gleich den §§ 871—876 a. b. G. B. fehlt. Desgleichen gibt es keine Wiedereinsetzung wegen mangelhaften Handelns, wegen der Unterlassungen der erschienenen Partei [12]); denn § 146 C. P. O. verlangt die Versäumung einer Tagsatzung oder Frist; wer also zur Verhandlung kommt und schlecht verhandelt (s. z. B. § 263 Abs. 1 C. P. O.), ungenügende Anträge stellt, wichtige Erklärungen nicht vorbringt 2c., z. B. die Einwendung der Unzuständigkeit nicht bei der ersten Tagsatzung erhebt (§ 240 Abs. 2 C. P. O.), der ist selbst dann nicht in den vorigen Stand wieder einzusetzen, wenn diese Unterlassung ganz unverschuldet geschah, vielleicht sogar auf unrichtiger richterlicher Rechtsbelehrung beruhte. Ebenso gibt es keine Wiedereinsetzung bei gesetzlich fingirter Versäumniß; verhandelt die erschienene Partei z. B. ungeachtet richterlicher Aufforderung nicht (§ 134 Abs. 2 C. P. O.), wird sie nach § 198 Abs. 4 C. P. O. von der Verhandlung entfernt, oder erscheint sie trotz richterlichen Auftrages ohne Vertreter (§ 185 Abs. 1 C. P. O.), so kann sie gegen die Folgen ihrer Unterlassung ohne Rücksicht auf den Grund ihres „Ungehorsams" nicht restituirt werden; dies ergibt sich gleichmäßig sowohl aus der ratio der fingirten Versäumniß, als aus den Voraussetzungen des § 146 C. P. O.

---

[11]) Der Satz ist hier als (weitaus überwiegende) Regel aufgestellt; vereinzelte Ausnahmen gibt es, s. z. B. §§ 48, 179, 181 Abs. 2, 275 Abs. 2, 278, 402 Z. 2 C. P. O.

[12]) Wachtel, S. 135.

Grundsätzlich gleich ist auch die Stellung der Civilproceßordnung gegenüber totalen Versäumnissen von Fristen und Tagsatzungen. Auch da wird nicht gefragt, ob die Partei handeln wollte oder nicht, und warum sie es unterließ. Nur wenn „Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle" die Versäumniß bewirken, wird wenigstens bei Tagsatzungen — von amtswegen — darauf Bedacht genommen (§ 402 Z. 2 C. P. O.), und zwar aus dem Grunde, weil in diesen Fällen der Partei die Möglichkeit nicht gegeben war, sich Gehör vor Gericht zu verschaffen. Von diesen seltenen Fällen abgesehen, wird zunächst procedirt, ohne nach dem Grunde des Parteihandelns oder ihrer Unterlassung zu fragen.

Nun gibt es aber erfahrungsgemäß Fälle, in denen die Partei handeln will, aber nicht gehörig oder nicht rechtzeitig handeln kann; diese Fälle sind sogar ziemlich zahlreich. Sie haben natürlicherweise sehr verschiedene Ursachen; die eine Partei ist etwa krank, die andere auf der Geschäftsreise, die dritte in Haft. Würde die Civilproceßordnung in allen diesen Fällen den Grund der Unterlassung unberücksichtigt lassen, so würde sie ihrem Zwecke untreu werden: ein Rechtsverwirklichungsinstitut zu sein. Denn so wenig seine einzelnen Institute (mit geringen Ausnahmen) in directer Beziehung zum concreten Privatrechte stehen, so sehr dient doch der ganze Civilproceß demselben. Er muß es also bisweilen berücksichtigen, wenn eine Partei nicht handelt, aber handeln will. Diese Berücksichtigung geschieht dann nach Prüfung der Gründe für das Nicht- oder nicht rechtzeitige Handeln; sie stellt eine Abweichung vor dem oben dargestellten Proceßformalismus dar.

Die verschiedenen Gesetzgebungen können nun begreiflicherweise diese Frage in verschiedener Weise regeln; ihre Abweichung von dem Principe der Erfolghaftung kann eine größere oder geringere sein. Je größer sie ist, desto weniger fest ist das Proceßgefüge. Mit großem Geschick hat die Civilproceßordnung es nun verstanden, dieser an sich durch Zweckmäßigkeitsgründe gebotenen, aber sehr gefährlichen Abweichung eine feste principielle Grundlage zu geben, welche sie über kleinliche utilitarische Erwägungen, über die Rücksichtnahme auf vereinzelte Fälle hinaushebt. Sie hat das Problem nach Analogie des § 402 Z. 2 C. P. O. unter dem Gesichtspunkte des rechtlichen Gehörs geregelt. Dort, wo das Ausbleiben der Partei, überhaupt ihre Versäumniß gleichzeitig die Verweigerung des rechtlichen Gehörs bedeuten würde, nur dort geht die Civilproceßordnung von ihrem Grundsatze ab, daß der Wille oder die Absicht der Partei irrelevant sei; dort und nur dort gestattet die Civilproceßordnung eine Prüfung der Gründe für die Unterlassung und je nach dem Ausgange dieser Prüfung die Gewährung erneuerter Möglichkeit rechtlichen Gehörs. Diese Abweichung des Gesetzes hat darum nur statt bei Totalversäumnissen; denn nur bei diesen hat ein rechtliches Gehör

der Partei nicht stattgefunden. Sie hat ferner nur dann statt, wenn die Möglichkeit rechtlichen Gehörs der Partei benommen war (s. V); hatte aber die Proceßpartei die nicht nur rechtliche, sondern auch factische Möglichkeit, gehört zu werden, und hat sie lediglich diese Möglichkeit versäumt, so bleibt die Civilproceßordnung bei der dargestellten Regel; eine Abweichung von derselben hat dann nicht statt. Wie die Civilproceßordnung nun im Detail ihren geschickten Grundgedanken für die Abweichung vom Proceßformalismus verwerthet, das nachzuweisen gehört zum Theile nicht in den Rahmen dieser Abhandlung, zum anderen Theile erfolgt es sub IV und V. Die Darstellung an dieser Stelle ist nur dem Nachweise gewidmet, daß nicht die Billigkeit dieser Grundgedanke war, und dieser Nachweis ist durch die dargestellte Subsumption der besprochenen Abweichung unter das Rechtsprincip: „audiatur et altera pars" erbracht. Ein weiterer Beweis liegt in Folgendem.

Wir haben schon oben hervorgehoben, daß jede Abweichung der Civilproceßordnung vor ihrem dargestellten formalistischen Principe zu Zwischenverfahren führen muß; dies ist denn auch hier der Fall. Zwei Institute sind durch diese Abweichung nothwendig geworden: ein präventives zur Vermeidung von Totalversäumnissen, ein repressives zur Behebung der Rechtsnachtheile eingetretener Versäumnisse; das erste Institut ist jenes der Tagsatzungserstreckungen und Fristverlängerungen, das zweite ist die Wiedereinsetzung.

Der enge sachliche Zusammenhang dieser zwei Institute kommt in den Systemen des österr. Civilprocesses nicht zum Ausdrucke[13]); um so energischer stellt ihn jetzt das Gesetz her.

Die Regierungsvorlage der C. P. O. hatte in ihren §§ 137, 145 Z. 1 und 159 in Gemäßheit ihres Grundgedankens die Voraussetzungen der beiden Institute wörtlich gleich gemacht, so daß an der Gleichheit ihrer rechtlichen Natur nicht zu zweifeln war. Die C. P. O. hat diesen gleichen Wortlaut in den §§ 128, 134 Z. 1 und 146 allerdings nicht mehr; allein sie enthält noch immer die (sub V 1 näher erörterten) Normen der §§ 146 Abs. 2 und 147 Abs. 3, nach denen Nichts ein Wiedereinsetzungsgrund sein darf, was nicht auch ein Tagsatzungserstreckungs- oder Fristverlängerungsgrund sein darf. Nun bezweifelt Niemand, daß z. B. eine Tagsatzung nur aus Rechtsgründen, nicht aber aus Billigkeit erstreckt werden dürfe; denselben Thatbestand aber bei Tagsatzungen lediglich unter rechtlichem, bei Wiedereinsetzungen aber unter dem Gesichtspunkte der Billigkeit zu betrachten, dafür fehlt jeder auch nur scheinbare Anhaltspunkt im Gesetze und jede ratio. Sind, wie nicht bezweifelt wird, Tagsatzungserstreckungen und Fristverlängerungen

[13]) Trutter, §§ 57, 58, 62; Schuster, §§ 32, 73; Ullmann, §§ 54, 55, 132; v. Canstein, Lehrbuch § 34.



Rechtsinstitute, so steht wiederum fest: **die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist kein Billigkeits-, sondern nur und ganz ein Rechtsinstitut.** Einen favor restitutionis gibt es danach nicht; er kann auch keine Auslegungsregel und keinen Entscheidungsgrund bilden.

Dieses Resultat wird dadurch nicht geändert, daß die Wiedereinsetzungsgründe lediglich der „Glaubhaftmachung“ bedürfen (§ 149 C. P. O.) und nicht des Beweises, und daß es gegen die Bewilligung der Wiedereinsetzung kein Rechtsmittel gibt (§ 153 C. P. O.).

Denn die „Glaubhaftmachung“ bewirkt keine Bevorzugung des Wiedereinsetzungswerbers.

In dem alten Streite, ob Glaubhaftmachung gleich sei der Hervorrufung von Wahrscheinlichkeit oder dem schleunigen Beweis, hat § 274 C. P. O. die letztere Alternative gewählt. Die Glaubhaftmachung der Civilproceßordnung ist lediglich eine schleunige und formlose Beweisführung. Weitaussehende Beweismittel, sowie das für die Zwecke der Glaubhaftmachung allzu gewichtige Beweismittel der eidlichen Parteivernehmung sind freilich ausgeschlossen. Aber damit ist durchaus nicht gesagt, daß die „Glaubhaftmachung“ **qualitativ** etwas Anderes sei, als die Beweisführung. Vielmehr bestimmt § 272 C. P. O.: „soferne in diesem Gesetze nichts Anderes bestimmt ist“, ist die „Ueberzeugung“ des Gerichtes hervorzurufen, „ob eine thatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht“, und der von der Glaubhaftmachung handelnde § 274 C. P. O. bestimmt „nichts Anderes“. Somit genügt es nicht, wenn die Glaubhaftmachung eine Thatsache wahrscheinlich macht; sie muß vielmehr ebenso wie die Beweisführung die richterliche Ueberzeugung von ihrer Wahrheit hervorrufen [14]). Steht dies fest, so ergibt sich consequenterweise, daß die Glaubhaftmachung im § 149 C. P. O. ebenso wenig um des Antragstellers willen eingeführt ist, als z. B. bei Fristverlängerungen (§ 128 Abs. 4 C. P. O.) und Tagsatzungserstreckungen (§ 135 C. P. O.); sie kann freilich bisweilen zu seinen Gunsten ausfallen, indem sie dem Gegner einen etwa weitwendigen Gegenbeweis abschneidet; aber sie kann auch gerade gegen den Wiedereinsetzungswerber selbst sich kehren, welcher den Wiedereinsetzungsgrund gerade nur durch eine Beweisaufnahme darthun könnte, „welche sich nicht sofort ausführen läßt“ (§ 274 C. P. O.). Der wahre Grund für die Civilproceßordnung, die Glaubhaftmachung an Stelle der Beweisführung zu verlangen, liegt auf ganz anderem Gebiete, als in einer Rücksichtnahme auf den Wiedereinsetzungswerber, welche gleichzeitig eine Benachtheiligung seines Gegners wäre; er liegt

---

[14]) A. M. **Wachtel**, S. 263; **Trutter**, S. 170; wie Text wohl **Schuster**, S. 298. Von „Wahrscheinlichkeit“ spricht ausdrücklich § 379 Abs. 2 Ex.-Ordn. Eigenthümlich ist der von v. **Wilmowsky-Levy** I, S. 446 ff. zwischen „Bescheinigung“ und „Glaubhaftmachung“ gemachte Unterschied; vgl. auch **Gaupp-Stein** I, S. 587 ff.

lediglich in dem Bestreben nach Beschleunigung des Processes, welcher namentlich bei Zwischenstreitigkeiten weitwendige Beweisaufnahmen nicht verträgt.

Ganz dasselbe gilt vom Ausschlusse der Rechtsmittel gegen die Bewilligung der Wiedereinsetzung. Diese altösterreichische Einrichtung hat auch nur, wie die Glaubhaftmachung, der Proceßbeschleunigung und nicht dem Wiedereinsetzungswerber zu dienen; wir finden sie darum auch bei Fristverlängerungen und Tagsatzungserstreckungen (§ 141 C. P. O.) und in vielen anderen Fällen [15]), und nirgends findet sich im Gesetze auch nur der geringste Anhaltspunkt dafür, daß dieser Ausschluß von Rechtsmitteln die Gerichte zu einer laxen Anwendung der betreffenden Norm anweisen solle. Man braucht diesen Satz auch wohl nur auszusprechen, um seine Unrichtigkeit festzustellen; wie könnte denn der Staat seinen Richtern eine „laxe", d. h. falsche Gesetzesanwendung förmlich nahe legen, und dazu noch auf dem Wege des Ausschlusses von Rechtsmitteln. Will man etwa auch die Beschränkung der Berufung wider Bagatellurtheile auf einen ähnlichen Gedankengang des Gesetzgebers zurückführen? Wenn trotzdem hie und da, sogar vereinzelt in gerichtlichen Entscheidungen, Anklänge an diese unrichtige Auffassung der ratio für den Ausschluß von Rechtsmitteln vorkommen, so entstammen sie lediglich der unrichtigen Auffassung der Wiedereinsetzung als eines Billigkeitsinstitutes.

[15]) Schauer, Civilproceßordnung, Anh. I B, zählt ihrer etwa hundert, in denen der Recurs ausgeschlossen ist.

III.

Diese Auffassung darf nun wohl als widerlegt gelten. Wenn ihrer Widerlegung ein derart breiter Raum gegönnt wurde, so beruht dies lediglich auf den Erfahrungen, welche man in Oesterreich mit der Wiedereinsetzung gemacht hat. Obwohl die Gesetzgebung in dieser Frage immer strenge war (§ 372 a. G. O., § 19 Sum. Verf.), war die Praxis milde [16]), bewilligte beispielsweise Restitutionen trotz Verschuldens des Antragstellers [17]) oder wegen der Zustimmung des Proceßgegners. Vielleicht ist es mit Rücksicht auf diese Erfahrungen und auf die später darzustellende Praxis nicht überflüssig, auch noch auf einen weiteren Punkt aufmerksam zu machen.

Es gibt vermuthlich hie und da Fälle, in denen das Gericht einem Wiedereinsetzungsantrage gerne stattgeben würde, weil der Antragsteller zwar keinen Wiedereinsetzungsgrund, wohl aber das materielle Recht auf seiner Seite hat; es stimmt etwa sogar der Gegner dem Antrag auf Wiedereinsetzung zu. In derartigen Fällen wird die richterliche Pflichterfüllung vielleicht Manchem hart erscheinen. Ein Solcher möge bedenken, daß jedes Staatsinstitut von einem höheren Standpunkte als jenem des einzelnen Falles betrachtet werden muß. Auch der ganze Civilproceß führt ja bisweilen zu einem falschen Urtheile und doch erträgt man dies um seiner großen Vortheile willen. Stellt man sich bezüglich der Wiedereinsetzung und der damit parallel laufenden Tagsatzungserstreckungen und Fristverlängerungen nun auf einen ähnlichen Standpunkt, so erblickt man in den sie betreffenden Normen der C. P. O. die besten Mittel zur Erzielung der P r o c e ß e n e r g i e. Je weniger ein Proceßgesetz Nachsicht gestattet, desto aufmerksamer werden die Parteien, desto strammer wird die Proceßführung. Damit wird aber nicht nur der einzelne Proceß schneller und ehrlicher, sondern es werden chicanöse Processe geradewegs abgeschnitten. Dieser großen Vortheile würden wir durch eine laxe, „billige“ Praxis bei Wiedereinsetzungen, Tagsatzungserstreckungen und Fristverlängerungen alsbald verlustig. Eine solche Praxis würde alle

[16]) Materialien I, S. 253.

[17]) v. C a n s t e i n, Grundl. des Contumazialrechts in Zeitschr. für deutschen Civilproceß XVI, S. 1 ff.; vgl. auch K l e i n, a. a. O. S. 188 ff.

Proceßenergie lähmen und dadurch die ganze Zukunft des Processes gefährden; ja sie wäre geradezu ein Anreiz zur fahrlässigen Proceßführung.

Wie nothwendig diese Bemerkungen sind, ergibt die folgende Uebersicht der Wiedereinsetzungsgründe, welche bisher bei verschiedenen Wiener Gerichten geltend gemacht wurden. Sie ist keineswegs erschöpfend; aber schon in ihrer Lückenhaftigkeit zeigt sie eine bedenkliche Hinneigung zur früheren Praxis, eine Erscheinung, welche nicht erheblich an Bedeutung dadurch verliert, daß die Gerichte nicht allen hier erzählten Wiedereinsetzungsanträgen stattgegeben haben.

a) Tagsatzungsversäumnisse.

1. Die Partei geht zum Bezirksgerichte Landstraße, obwohl ihre Ladung die Unterschrift trägt: k. k. Bezirksgericht für Handelssachen.

2. Die Partei findet im Justizpalaste Wien den Verhandlungssaal zu spät.

3. Die Partei wird durch den Amtsdiener in einen falschen Verhandlungssaal gewiesen und kommt dadurch zu spät in den richtigen.

4. Die Uhr des Klägers differirt von der Gerichtsuhr.

5. Die Uhr der Stephanskirche, gegenüber welcher der Geklagte wohnt, differirt um einige Minuten von der Gerichtsuhr.

6. Die Partei verschläft.

7. Die Partei wird durch einen Geschäftsfreund aufgehalten.

8. Die Partei kommt statt um 9 Uhr um 10 Uhr zur Verhandlung und beruft sich darauf, ihr sei die Aufhebung der hora legalis nicht bekannt gewesen.

9. Die in Mariahilf wohnende Partei entspricht der Ladung vor das Bezirksgericht „Neubau" nicht, weil sie der Meinung ist, vor einem unzuständigen Gerichte nicht erscheinen zu müssen.

10. Die Partei war schon zur Zeit der Klagzustellung verreist und kehrt erst nach der Verhandlung zurück.

11. Die Partei geht unmittelbar vor der Verhandlung statt zu Gericht zum Gegner, um die Sache gütlich zu ordnen, trifft diesen nicht an und kommt nun zu spät zur Verhandlung.

12. Der Eisenbahnzug, mit welchem die Partei zum Gerichtsorte fährt, verspätet sich.

13. Der geklagte Arzt wird von einem Patienten zurückgehalten.

14. Die Partei wird telegraphisch zur kranken Mutter berufen.

15. Der Schuldner zahlt vor der Tagfahrt und vereinbart das Ruhen des Verfahrens; dennoch wird die Tagsatzung vom Kläger verrichtet.

16. Die Ladung wird spät Abends in Abwesenheit des Adressaten seinem Hausmeister zugestellt; der Adressat erhält sie am nächsten Morgen erst nach der angesetzten Verhandlungsstunde.

17. Der Tag der (erstreckten) neuen Verhandlung wird verkündet; die Partei notirt den Tag falsch und kommt erst am nächsten Tage zu Gericht.

18. Der mit der Verrichtung der Tagfahrt beauftragte Commis vergißt, seinen Chef davon in Kenntniß zu setzen, daß er (Commis) am Verhandlungstage durch ein (dem Chef unbekanntes aber) von dem Commis vorhergesehenes Ereigniß an dieser Verrichtung verhindert ist.

19. Die Partei hat um 9 Uhr beim Wiener Bezirksgerichte für Handelssachen und um 10 Uhr beim circa 3/4 Stunden entfernten Bezirksgerichte Favoriten eine „erste Tagsatzung" und versäumt die zweite, weil beim Bezirksgerichte für Handelssachen etwa 20 „erste Tagsatzungen" gleichzeitig stattfinden.

20. Die Partei hat an demselben Tage um 9 Uhr und um 12 Uhr Streitverhandlungen und versäumt die zweite, weil die erste unerwarteterweise große Dimensionen annimmt.

21. Der Advocat erschien nicht zur Verhandlung, weil er von der Partei trotz Urgirens keine Information erhielt; die Partei erklärte dies für ein unvorhergesehenes Ereigniß.

22. Die außerhalb des Gerichtsortes wohnhafte Partei will selbst zum Bezirksgerichte reisen und erkrankt drei Tage vor der Verhandlung zwar leicht, aber doch derart, daß sie nicht reisen kann.

b) Fristenversäumnisse.

23. Der Sollicitator überreicht den an das Handelsgericht Wien adressirten Schriftsatz in der Einlaufsstelle des Landesgerichtes.

24. Ein Schriftsatz wird irrigerweise auf dem Couvert an das Landesgericht statt (wie der Schriftsatz selbst richtig adressirt ist) an das Handelsgericht adressirt.

25. Ein Schriftsatz wird irrigerweise an das Landesgericht statt an das Handelsgericht gerichtet.

26. Die Eintragung der Frist zur Klagbeantwortung in das Journal der Advocaturskanzlei wird übersehen, sei es vom Advocaten, sei es von dem ad hoc hiezu beauftragten Kanzlisten.

27. Der Advocat wird in den letzten zwei Tagen der Klagbeantwortungsfrist durch unvorhersehbare Ereignisse an der Verfassung des Schriftsatzes verhindert.

28. Am letzten Tage einer Recursfrist gab ein Advocat einen Recurs um 7 Uhr Abends, also nach Schluß der Einlaufsstelle, zur Post, er wurde als verspätet zurückgewiesen. Nun machte der Advocat diese Interpretation des § 89 G. O. G. als unvorhergesehenes Ereigniß geltend.

29. Der Advocat überreicht einen Recurs direct beim Recursgerichte und versäumt hiedurch die Frist zur Ueberreichung desselben bei der ersten Instanz; er macht als Wiedereinsetzungsgrund den angeblichen Widerspruch zwischen den §§ 520 und 528 C. P. O. geltend.

30. Auf Grund irriger Rechtsbelehrung über die Dauer der Berufungsfrist ist die Berufung verspätet überreicht worden.

Diese leicht vermehrbare Uebersicht zeigt eine merkwürdige Unsicherheit der Wiedereinsetzungswerber über das Institut der Wiedereinsetzung. Für Fälle ganz offenbaren Verschuldens (Nr. 1, 6, 7, 17, 22) wird die Wiedereinsetzung ebenso verlangt wie für Rechtsirrthümer (Nr. 8, 9, 28, 29) und für solche Fälle, in denen unberechenbare Ereignisse die Wahrung der Parteienrechte verhinderten (Nr. 12, 13, 14). Verschulden des Bevollmächtigten oder seiner Bediensteten wird ziemlich oft als Restitutionsgrund namhaft gemacht (Nr. 18, 21, 23—26, 28, 29), muthmaßlich deshalb, weil die Civilproceßordnung das Institut der Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung nicht mehr kennt, welches sonst sicherlich für diese Fälle in Anspruch genommen worden wäre. Daneben stehen Fälle, die hart an der Schneide des, wenn auch leichten Verschuldens stehen, bei denen aber doch eine Unbilligkeit in der Versagung der Wiedereinsetzung gefunden werden (Nr. 2, 4, 5, 15, 24), und solche, bei denen prima facie die Entscheidung sowohl für als wider den Wiedereinsetzungswerber ausfallen könnte (Nr. 3, 16).

Es wird Sache der folgenden Darstellung sein, diese Unsicherheit in der Auslegung des Gesetzes zu beseitigen und die hiezu nöthige Formel zu bieten.

IV.

Zulässigkeit der Wiedereinsetzung.

Die deutsche Civilproceßordnung kennt eine Wiedereinsetzung nur gegen gewisse Fristversäumnisse (§ 211 d. C. P. O.); gegen den wichtigsten Fall der Folgen einer Terminsversäumung, gegen das Versäumnißurtheil bietet der fast voraussetzungslose Einspruch eine Abhilfe (§ 303 d. C. P. O.). Die Civilproceßordnung hat in sorgfältiger Beurtheilung der österreichischen Verhältnisse das ihr empfohlene [18]) Institut des Einspruches nicht angenommen, und dafür unter noch zu erörtenden Cautelen die Wiedereinsetzung wider die Versäumung sowohl einer Frist als auch einer Tagsatzung zugelassen, wenn innerhalb der Frist oder bei der Tagsatzung die versäumende Partei Rechte wahrzunehmen gehabt hätte; die Wiedereinsetzung kann also beispielsweise beantragt werden, wenn die Frist zur Klagbeantwortung oder wenn eine mündliche Streitverhandlung versäumt wurde. Allein die Wiedereinsetzung der Civilproceßordnung ist wegen ihrer proceßverzögernden Wirkung nur als subsidiärer Rechtsbehelf gedacht. Sie ist darum überall unzulässig, wo sie irgendwie entbehrlich ist oder mehr Schaden als Nutzen bringen würde. Dies nimmt die Civilproceßordnung in den folgenden Fällen an, in denen also eine Wiedereinsetzung auch bei Vorhandensein aller Voraussetzungen unstatthaft ist.

1. Wenn der Partei ein Rechtsmittel, z. B. der Recurs wider eine Verfügung nach § 183 Abs. 2 C. P. O. oder die Berufung auf Grund des § 402 Z. 1 C. P. O. offen steht. In diesem letzteren Falle z. B. ist die Partei zwar durch ein unvorhersehbares Ereigniß, nämlich durch den Mangel gehöriger Ladung, am Erscheinen vor Gericht verhindert worden, allein sie kann sich des ihr zugestoßenen Nachtheiles, nämlich des Versäumnißurtheiles durch die Berufung erwehren; sie erleidet also durch die Versäumniß nicht „den Rechtsnachtheil des Ausschlusses von der vorzunehmenden Proceßhandlung“ (§ 146 C. P. O.).

2. Wenn die Partei die versäumte Proceßhandlung noch unmittelbar nachholen kann (§ 145 Abs. 2, 147 C. P. O.). Sie kann

[18]) Vorschläge der n. ö. Advocatenkammer zur Civilproceßordnung S. 11.

z. B. den Schriftsatz nicht mehr bei Gericht überreichen, aber noch mittelst Post an das Gericht einsenden (§ 89 G. O. G.), oder sie kann den Schriftsatz zwar nicht in gehöriger, aber doch in blos formell mangelhafter Weise, etwa ohne die vorgeschriebene Advocatenfertigung oder in einfacher, statt in doppelter Ausfertigung überreichen (§ 84 C. P. O.); ähnliche Fälle behandeln § 22 Abs. 3 J. N., § 145 Abs. 2, § 254 Abs. 1, § 263 Abs. 2 C. P. O.

3. Wenn die Partei rechtzeitig die Fristverlängerung oder die Tagsatzungserstreckung beantragen konnte (§ 147 Abs. 3 C. P. O.). Was Wiedereinsetzungsgrund ist, ist jedenfalls, wie unten nachgewiesen wird, auch Grund zur Fristverlängerung und Tagsatzungsverlegung; hat daher der Wiedereinsetzungsgrund zwar die Vornahme der Proceßhandlung selbst, z. B. das Erscheinen bei der Verhandlung, nicht aber auch den Antrag auf Erstreckung der Tagsatzung, resp. auf Fristverlängerung verhindert, so ist die Wiedereinsetzung unzulässig.

4. Wenn das Gericht wegen des Wiedereinsetzungsgrundes die Frist zu verlängern oder die Tagsatzung zu erstrecken abgelehnt hat (§ 146 Abs. 2 C. P. O.). Es kommt dabei begreiflicherweise nicht darauf an, ob diese Verweigerung des Gerichtes sachlich gerechtfertigt war oder nicht; denn zur Reparatur solcher irriger Entscheidungen ist der Rechtsmittelweg da. War die gerichtliche Entscheidung irrig, so ist also wider dieselbe der Recurs einzulegen, nicht auf Grund desselben Thatbestandes ein Wiedereinsetzungsantrag zu stellen; könnte doch derselbe von demselben Gerichte wieder nur die gleiche Behandlung erfahren, wie der Erstreckungsantrag, da das eine wie das andere Institut gleichmäßig Rechtsinstitute sind.

5. Wenn der versäumenden Partei durch die Versäumung nicht der Rechtsnachtheil entsteht, daß sie von der vorzunehmenden Proceßhandlung ausgeschlossen wird.

Hier bedarf es der Betrachtung einzelner Fälle.

a) Im Falle des § 289 C. P. O. ist die Wiedereinsetzung nicht immer zulässig, vielmehr in der Regel unzulässig.

Denn das erkennende Gericht (allenfalls auch der beauftragte oder ersuchte Richter) hat die Ergänzung oder Wiederholung der Beweisaufnahme zuzulassen, wenn sie infolge des Nichterscheinens der Partei wesentlich unvollständig ist, die Ergänzung ohne erhebliche Verzögerung des Rechtsstreites stattfinden kann, und die versäumende Partei durch ein „unvorhergesehenes Ereigniß am Erscheinen bei der Beweisaufnahme verhindert war“ (§ 289 C. P. O.). Hier liegt eine lex specialis gegenüber der lex generalis des § 146 C. P. O. vor[19]; dies wird durch die Worte des § 289 C. P. O. „ihr durch ein unvorhergesehenes Ereigniß verursachtes Nichterscheinen“ klargestellt.

[19]) Aehnlich Wachtel, S. 277; Neumann, S. 643.

Diese Worte entsprechen einem der beiden Fälle des § 146 C. P. O. genau, und schließen darum die Anwendung des § 146 C. P. O. im Falle „unvorhergesehenen" Ereignisses bei Beweisaufnahmen aus; da gibt es keine Wiedereinsetzung, sondern nur eine Ergänzung der Beweisaufnahme.

Die Differenz der beiden Fälle liegt sowohl in ihren Voraussetzungen als in der Wirkung. Die Voraussetzungen für die Fortsetzung der Beweisaufnahme nach § 289 C. P. O. sind schwerer zu erfüllen, als jene für einen auf ein „unvorhergesehenes Ereigniß" gestützten Wiedereinsetzungsantrag; in jenem darf der Rechtsstreit nicht erheblich verzögert werden und die Beweisaufnahme muß infolge des Nichterscheinens eine wesentliche Unvollständigkeit aufweisen (§ 289 C. P. O.), in diesem fehlen diese Erschwerungen. Andererseits bedarf es im Falle des § 289 C. P. O. keines abgesonderten Wiedereinsetzungsantrages (§ 149 C. P. O.) und keiner mündlichen Verhandlung über denselben, sondern es spielt sich Alles in der mündlichen Streitverhandlung zur Hauptsache ab.

Der Grund für diese verschiedene Behandlung der beiden Fälle liegt darin, daß die Theilnahme der Partei weit weniger wichtig bei der Beweisaufnahme als bei der mündlichen Streitverhandlung ist — eine Meinung, welcher das Gesetz auch durch die Vorschrift Ausdruck gibt, mit der Beweisaufnahme selbst bei Abwesenheit beider verständigter Parteien vorzugehen.

Zulässig ist dagegen der Wiedereinsetzungsantrag im vorliegenden Falle, wenn die Versäumung nicht durch ein „unvorhergesehenes", sondern durch ein „unabwendbares" Ereigniß hervorgerufen wurde (denn § 289 C. P. O. spricht von diesem Fall nicht, und zur Annahme eines Redactionsversehens ist kein Anlaß), ferner wenn die versäumte Tagsatzung nicht blos zur Beweisaufnahme, sondern auch zur mündlichen Streitverhandlung bestimmt war.

b) Ruht infolge der Versäumung das Verfahren, so ist die Wiedereinsetzung statthaft [20]). Denn infolge des Ruhens erleidet die Partei den Rechtsnachtheil, von der vorzunehmenden Proceßhandlung, wenn auch nicht für immer, so doch für drei Monate ausgeschlossen zu sein (§§ 168, 170 C. P. O.). Freilich verlangt § 146 C. P. O. den „Ausschluß" von der vorzunehmenden Proceßhandlung, ohne eine zeitliche Grenze für diesen Ausschluß zu fixiren; allein es wäre gegen den Zweck der Vorschriften über das Ruhen des Verfahrens, hier die Wiedereinsetzung zu versagen. Die §§ 168 ff. C. P. O. wollen doch lediglich der Proceßverschleppung vorbeugen [21]); davon kann aber bei jener Partei keine Rede sein, welche durch ein „unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereigniß" am Erscheinen verhindert war.

---

[20]) A. M. die Beantwortung der Fragen ad § 146 Punkt 3.
[21]) Materialien I, S. 257.

c) Dasselbe gilt vom Falle des § 398 Abs. 5 C. P. O. Auch hier ist die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Klagbeantwortung zulässig, weil der Kläger ja nach weiteren drei Monaten neuerlich die Anordnung einer Tagfahrt nach § 398 C. P. O. beantragen darf. Der Fall wird selten praktisch sein, weil regelmäßigerweise die Frist zur Stellung des Wiedereinsetzungsantrages nicht mehr offen sein wird. Ausgeschlossen ist er jedoch mit Rücksicht auf den Anfangspunkt dieser Frist (§ 148 C. P. O.: Wegfall des Hindernisses) und auf die Normen über Ersatzzustellungen nicht.

d) Wird die Verhandlung nach den §§ 134 Z. 2 und 4 C. P. O.[22]) erstreckt, so ist die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung dieser erstreckten Tagfahrt unzulässig, weil die versäumende Partei nach § 179 C. P. O. bei der neuen Verhandlung ihre Rechte wahrzunehmen berechtigt ist.

e) Unzulässig ist die Wiedereinsetzung auch dann, wenn die Versäumung nur Kostenfolgen hat, z. B. im Falle des § 44 C. P. O. Denn hier ist die säumige Partei nicht, wie § 146 C. P. O. es fordert, „von der vorzunehmenden Proceßhandlung" ausgeschlossen; sie darf sie nachtragen. Diese Anordnung ist um so billigenswerther, als die Wiedereinsetzung ebenfalls zum Nachtheile des Wiedereinsetzungswerbers Kostenfolgen hat (§ 154 C. P. O.).

f) Im Falle der sog. nothwendigen Streitgenossenschaft (§ 14 C. P. O.) ist die Wiedereinsetzung zu Gunsten eines Streitgenossen unzulässig, wenn ein anderer erschienen ist [23]). Denn solche Streitgenossen haben für einander gesetzliche Vertretungsbefugniß; der säumige Streitgenosse ist somit durch den Erschienenen vertreten, und wider die Folgen etwa mangelhaften Verhandelns des Erschienenen gibt es keine Widereinsetzung (§ 146 C. P. O.; s. oben II.). Sind dagegen alle „nothwendigen" Streitgenossen säumig, so darf jeder einzelne von ihnen die Wiedereinsetzung erwirken, in dessen Person ein „unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereigniß" eingetreten ist. Die von einem dieser Streitgenossen erwirkte Wiedereinsetzung wirkt dann gemäß § 15 C. P. O. zu Gunsten aller Streitgenossen; infolge dessen sind die von anderen Streitgenossen etwa noch anhängig gemachten Wiedereinsetzungsverfahren einzustellen, da ihrem Antrage durch die dem anderen Streitgenossen bewilligte Wiedereinsetzung entsprochen ist. In consequenter Durchführung dieses Gedankens der nothwendigen Streitgenossenschaft muß auch behauptet werden, daß die bereits einzelnen Streitgenossen gegenüber erfolgte Versagung der Wiedereinsetzung hinfällig wird, und daß auch diese Streitgenossen am weiteren Verfahren theilzunehmen berechtigt werden, wenn später einem andern „nothwendigen" Streitgenossen die — lediglich aus seiner Person zu beurtheilende — Wiedereinsetzung bewilligt wird.

---

[22]) § 134 Z. 1 und 3 kommt hier nicht in Betracht.
[23]) Wachtel, S. 16.

6. In bestimmten Fällen ist die Wiedereinsetzung **unzulässig**, weil sie **expresse** im Gesetze verboten ist. Diese Fälle **sind die** Versäumung der Frist zur Stellung des Wiedereinsetzungs**antrages**, und die Versäumung der Tagsatzung zur Verhandlung über diesen Antrag, mag der Antragsteller oder sein Gegner die Tagsatzung **versäumen**[24] (§ 151 C. P. O.), ferner der achttägigen Frist zur **Stellung** eines Berichtigungsantrages rücksichtlich des Thatbestandes in **Urtheilen** eines Gerichtshofes (§§ 420, 447 C. P. O.) oder der gleichen Frist zur Stellung des Antrages auf ein Ergänzungsurtheil (§ 423 C. P. O.; **hier** steht der Partei nebenher auch die Berufung offen); ferner **die** Versäumung von Fristen und Tagsatzungen im Besitzstörungs**verfahren** (§ 460 C. P. O.), weil in diesem Verfahren ohnedies den Rechten der Parteien nicht präjudicirt wird; die Versäumung der **Frist** zur Anbringung von Einwendungen im (besonders schleunigen) **Bestand**verfahren (§ 571 C. P. O.); die Versäumung irgend einer Frist oder Tagsatzung, welche in der E. O. angeordnet ist, insoferne es sich nicht um die „im Laufe eines Executionsverfahrens und aus Anlaß desselben sich ergebenden Processe“ [25]) handelt (§ 58 E. O.); d. h. für die Civilprocesse gelten die Normen der C. P. O., für die **Fristen** und Tagsatzungen des Executions v e r f a h r e n s [26]) gibt es dagegen keine Wiedereinsetzung, wofür der Grund in der officiosen Natur des Executionsverfahrens erblickt werden kann; wo alles von amtswegen erhoben wird, bedarf es des Erscheinens der Partei nicht oder nicht sehr (s. auch § 257 E. O.)

In diesen Fällen ist die Bewilligung einer Wiedereinsetzung zwar nicht anfechtbar (§ 153 C. P. O), aber gesetzwidrig. Dies muß um so bestimmter hervorgehoben werden, als ein Versuch zur Erlangung einer solchen Wiedereinsetzung bereits gemacht wurde; eine Partei gründete einen Wiedereinsetzungsantrag darauf, daß sie die Wiedereinsetzungsfrist nur durch irrige Einreichung des (ersten) Wiedereinsetzungsantrages bei einem mit der Sache nicht befaßten Gerichte versäumte.

7. Endlich kennt die Civilproceßordnung noch einen Fall b e d i n g t e r Zulässigkeit von Wiedereinsetzungen.

In Wechselprocessen findet nämlich eine Wiedereinsetzung nicht statt, wenn der Wiedereinsetzungsgegner im Hauptprocesse im guten Glauben gehandelt und in der Zwischenzeit schon seine Wechselrechte an Dritte durch Zeitablauf ganz oder zum Theile verloren hat oder

---

[24]) Sachlich ist Letzteres ganz unbedenklich, weil der Wiedereinsetzungsgrund von amtswegen erhoben wird.

[25]) §§ 10, 35, 36, 37, 128, 131, 286, 308, 333 E. O.

[26]) Zwischen Executionsverfahren und Executionsordnung unterscheidet die E. O. selbst: § 50 (im Executionsverfahren), § 51 (im gegenwärtigen Gesetze), § 52 (im Executionsverfahren) u. s. f.

sie doch wegen Kürze der übrigen Zeit nicht mehr geltend machen kann (§ 556 C. P. O.).

Diese dem österreichischen Rechte eigenthümliche, dem § 23 des früheren Wechselverfahrens vom 25. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 52, nachgebildete Bestimmung beruht auf der Kürze der Verjährungsfristen des Wechselrechtes, welche die — auch sonst bisweilen vorhandene — Gefahr besonders nahelegen, daß Wechselrechte (insbesondere Wechselregreßrechte) dadurch verloren gehen könnten oder verloren gegangen sind, daß das Wiedereinsetzungsverfahren und der wieder aufgenommene Hauptproceß nun viel mehr Zeit in Anspruch nehmen, als der ohne Versäumung und infolge dessen ohne Wiedereinsetzung verlaufene Hauptwechselproceß gethan hätte. Um dieser Ursache willen schränkt § 556 C. P. O. die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsverfahrens in Wechselprocessen auf die Fälle der noch hinreichend offenen Verjährungsfrist oder der mala fides des Proceßgegners ein; ist dieser aber im Hauptprocesse „im guten Glauben" gewesen, so würde ihn bei nicht hinlänglicher Verjährungsfrist die (wenn auch sachlich gerechtfertigte) Wiedereinsetzung seines Gegners zu hart treffen; sie darf daher nicht stattfinden. Der in der Civilproceßordnung nicht näher bezeichnete „gute Glaube" der Proceßpartei darf sich nicht auf ihren Wechselanspruch, sondern muß sich auf ihre processualen Rechte (z. B. auf Erwirkung eines Versäumnißurtheiles) beziehen[27]); denn mit jenem hat die Wiedereinsetzung nichts zu thun. Wußte also z. B. der Wiedereinsetzungsgegner nicht, daß die Versäumung durch ein Ereigniß im Sinne des § 146 C. P. O. hervorgerufen war, so darf die Wiedereinsetzung wider ihn nicht bewilligt werden, wenn er hiedurch sicherlich oder vermuthlich um seine Wechselrechte wider Dritte käme.

Aus der bisherigen Darstellung ist ersichtlich, daß die Fälle der zulässigen Wiedereinsetzung sachlich recht beschränkt sind. Dagegen sind die verbleibenden Fälle praktisch wichtig. Um das hier zugelassene Institut nicht zur Proceßverschleppung ausarten zu lassen, mußte darum die Civilproceßordnung strenge Voraussetzungen für dasselbe aufstellen, welche nunmehr zu erörtern sind.

---

[27]) Vgl. Wachtel, S. 509.

V.

Die Voraussetzungen.

Damit innerhalb der sub IV dargestellten Grenzen eine Wiedereinsetzung statthabe, müssen — abgesehen von der hier nicht zu erörternden, daß Versäumung vorliege (s. § 125, 133 C. P. O.) — drei Voraussetzungen erfüllt sein.

1. Die erste normirt § 146 C. P. O. durch die Bestimmung, daß die Vornahme der Proceßhandlung durch ein „unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereigniß verhindert" worden sein müsse.

2. § 149 C. P. O. fügt dem die Norm hinzu, daß mit dem Wiedereinsetzungsantrage „auch die versäumte Proceßhandlung selbst oder bei Versäumung einer Tagsatzung dasjenige nachzuholen (ist), was zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung seitens der säumigen Partei vorzubringen war".

3. § 148 C. P. O. normirt eine zeitliche Voraussetzung.

ad 1. Zunächst sind die Worte des 146 Abs. 1 C. P. O. zu interpretiren [28]). Bei der Wichtigkeit der Frage sei zuerst das Material zu ihrer Beantwortung zusammengestellt.

Die bisherige Gesetzgebung Oesterreichs hatte in wachsender Strenge die Wiedereinsetzung davon abhängig gemacht, daß der Antragsteller an der Versäumung unschuldig sei [29]). Diese Formel bewährte sich in der Praxis nicht, und darum [30]) verlangte die Regierungsvorlage der Civilproceßordnung im § 159, daß die Versäumung durch „ein unvorhergesehenes, für die Partei unübersteigliches Hinderniß" hervorgerufen sei; von derselben Voraussetzung wurden Fristverlängerungen (§ 137) und Tagsatzungserstreckungen (§ 145 Z. 1) abhängig gemacht. Die Regierungsvorlage versuchte dadurch an die Stelle des subjectiven Merkmales: Verschulden ein objectives (allerdings auch alles Verschulden umfassendes) Merkmal aufzustellen. Um die Strenge der Regierungsvorlage zu mildern, ohne deren Grundgedanken zu ändern [31]), wurde in den Berathungscommissionen des Reichsrathes die Textirung des Entwurfes geändert, so daß sie nun für

---

[28]) Neumann, S. 407 ff.; Fürstl, S. 232 ff.; Wachtel, S. 135; Trutter, S. 290 ff.; Schuster, S. 502 ff.

[29]) A. G. O. § 15; Summ. Pat. § 19.

[30]) Materialien I, S. 253.

[31]) Materialien I, S. 754, 771 ff.

Fristen „unabwendbare oder doch sehr erhebliche Gründe" (§ 128 C. P. O.), für Tagsatzungen „ein für sie (die Partei) unübersteigliches oder doch ein sehr erhebliches Hinderniß" (§ 134 Z. 1 C. P. O.), für Wiedereinsetzungen ein „unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereigniß" lautet. Der jetzt für Fristen, Tagsatzungen und Wiedereinsetzungen verschiedenen Textirung des Gesetzes lag die Absicht einer Differenzirung der Thatbestände für Fristerstreckungen, Tagsatzungsverlängerungen und Wiedereinsetzungen nicht zu Grunde, wie sich schon aus ihrer Gleichstellung im § 146 Abs. 2 C. P. O. und dem Schweigen der Motivenberichte ergibt. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ist endlich noch hervorzuheben, daß der Ausschuß „unvorhergesehen" mit „unvorhersehbar" identificirte [32]).

Bei der nachfolgenden Erörterung muß nun Folgendes festgehalten werden: Wiedereinsetzungen dürfen nach der Civilproceßordnung an schwerere Voraussetzungen geknüpft sein, als Tagsatzungserstreckungen und Fristenverlängerungen, niemals aber an leichtere; denn § 146 Abs. 2 C. P. O. bestimmt, daß die Wiedereinsetzung nicht auf Gründe gestützt werden dürfe, welche als Gründe für eine Tagsatzungserstreckung oder Fristverlängerung bereits verworfen wurden, und § 147 Abs. 3 C. P. O. enthält eine analoge Vorschrift. Beide Paragraphe haben nur dann einen Sinn, wenn eben niemals ein Wiedereinsetzungsgrund derart sein darf, daß man seinetwegen nicht eine Tagsatzung erstrecken dürfte, also auch jener niemals leichter als dieser [33]).

Aus diesen Normen der §§ 146 Abs. 2 und 147 Abs. 3 C. P. O. ergeben sich nun schon mehrere Consequenzen. a) Vor Allem die, daß um Rechtsirrthümer willen nie eine Wiedereinsetzung bewilligt werden darf (Fälle 8, 9, 28, 29), was übrigens schon aus § 2 a. b. G. B. folgt. b) Zu zweit die Nothwendigkeit der Annahme eines Redactionsversehens im § 146 Abs. 1 C. P. O. Es heißt dort „unvorhergesehen". Das sollte nach der Absicht des Gesetzgebers (s. oben) „unvorhersehbar" heißen, und wir müssen den Gesetzestext auch derart emendiren, weil der Absatz 1 des § 146 C. P. O. sonst in unlösbarem Widerspruche mit seinem Absatz 2 stünde. „Unvorhergesehen" sind ja auch alle jene Ereignisse, welche die Partei hätte vorhersehen können und sollen, und die sie z. B. nur aus grober Fahrlässigkeit nicht vorhersah. Mit einer solchen Motivirung bekäme sie aber weder eine Fristverlängerung (§ 128 C. P. O.), noch eine Tagsatzungserstreckung (§ 134 Z. 1 C. P. O.); sie darf darum auf einen solchen Grund hin auch keine Wiedereinsetzung erlangen (§§ 146 Abs. 2, 147 Abs. 3 C. P. O.). Es muß also im § 146 C. P. O. statt „unvorhergesehen" „unvorhersehbar" heißen [34]), was mit dem „unab-

[32]) Materialien I, S. 772 ff.
[33]) Neumann, S. 409.
[34]) Auch im § 289 C. P. O.

wendbar" des § 128 C. P. O. und dem „unübersteiglich" des § 134 C. P. O. dann auch stimmt. c) Das „oder" des § 146 Abs. 1 C. P. O. bedeutet nicht „entweder—oder" [35]). Denn es gibt unvorhersehbare Ereignisse, welche man leicht abwenden kann, welche also die Vornahme der Proceßhandlung nicht „hindern"; man benützt z. B. statt einer unfahrbar gewordenen Straße eine andere. Könnte man auf solche Ereignisse einen Wiedereinsetzungsantrag stützen, so käme man wieder in Widerspruch mit den §§ 146 Abs. 2 und 147 Abs. 3 C. P. O. und überdies mit dem unten zu erörternden Zusammenhange zwischen „Ereigniß" und „Hinderniß". Man hat also „oder" gleich „oder doch" zu lesen, was sprachlich wohl zulässig ist, in den §§ 128 und 134 Z. 1 C. P. O. steht und den durch § 146 C. P. O. selbst gebotenen Zusammenhang zwischen „unvorhersehbar" und „unabwendbar" herstellt.

Nach dieser Richtigstellung und Klärung des Textes des § 146 Abs. 1 C. P. O. sind also folgende Worte zu interpretiren:

„ein unvorhersehbares oder doch unabwendbares Ereigniß".

Was bedeuten sie?

Vorweg ist abzulehnen, daß sie dasselbe bedeuten, wie im § 402 Z. 2 C. P. O. die Worte: „Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle". Denn diese letzteren, dem § 211 der deutschen C. P. O. entnommenen Worte bedeuten vis major [36]); schon die Textirung des § 159 der Regierungsvorlage war dem gegenüber bei Wiedereinsetzungen milder, und jene der Civilproceßordnung ist es noch ein wenig mehr. Vis major also bedeuten die citirten Worte des § 146 C. P. O. nicht, und wir müssen sie anderweitig erklären. Ein Versuch, hiezu die sonstige österreichische Gesetzgebung heranzuziehen, ist fruchtlos; weder § 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes vom 5. März 1869, noch die Fahrpostordnung vom 12. Juni 1838, Nr. 280, noch § 75 des Eisenbahn-Betriebsreglements oder Art. 30 des Berner internat. Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr, noch endlich Art. 395 H. G. vermögen auszuhelfen; denn trotz der ähnelnden oder gleichen Thatbestände sind die Formulirungen in ihnen ganz verschieden. So sind wir denn für den § 146 C. P. O. auf die Civilproceßordnung und den Sprachgebrauch des täglichen Lebens verwiesen.

Hiebei ergibt sich zuvörderst die Prüfung des Wortes „Ereigniß", welches eine juristisch-technische Bedeutung bisnun nicht hat. Aus dem § 146 C. P. O. erhellt da zuerst eine Beziehung von „Ereigniß" und „Hinderniß": das Ereigniß muß die Vornahme der Proceßhandlung verhindert haben, um einen Wieder-

---

[35]) So Wachtel, S. 135; Neumann, S. 408.

[36]) So die herrschende deutsche Lehre und das deutsche Reichsgericht; s. Gaupp-Stein, I, S. 443 ff., insbes. Anm. 3; a. M. v. Canstein, a. a. O. S. 1 ff.

einsetzungsgrund zu bilden. Dies muß um so mehr festgehalten werden, als sich die Praxis sehr häufig damit begnügt, zu prüfen, ob etwas ein „unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereigniß“ war, ohne festzustellen, ob das Ereigniß auch die Vornahme der Proceßhandlung in concreto verhindert hat. Und doch verlangt die Civilproceßordnung diesen Zusammenhang zwischen dem Ereigniß und dem Hinderniß; es genügt nach § 146 C. P. O. nicht, daß das Ereigniß unvorhersehbar oder doch unabwendbar war. Wird beispielsweise die zum Gerichte führende Straße plötzlich unfahrbar, so bildet diese Thatsache doch nur dann einen Restitutionsgrund, wenn das Gericht auch nicht auf Umwegen zu erreichen war [37]). Aus dem Wort „Ereigniß“ folgt weiter, daß nicht jede Ereignung, sondern nur die nicht gerade alltäglichen Geschehnisse im § 146 C. P. O. in Frage stehen [38]); denn man versteht im gewöhnlichen Sprachgebrauche nur die letzteren unter „Ereigniß“; es ist z. B. kein Ereigniß, daß Uhren von einander differiren, es wäre aber ein solches, wenn die Uhr der meteorologischen Reichsanstalt eine erheblich falsche Zeit anzeigen würde.

Das bisherige Resultat ist demnach, daß nur nicht alltägliche Hindernisse einen Restitutionsgrund bilden. Diese kommen überdies nur dann in Frage, wenn sie „unvorhersehbar oder doch unabwendbar“ waren. Daraus ergibt sich die Zurechnung aller vorhersehbaren oder doch abwendbaren „Ereignisse“ zur processualen Schuld der Partei [39]). Konnte eine Proceßpartei ein Ereigniß bei genügender Aufmerksamkeit erwarten oder konnte sie ein unvorhersehbares Ereigniß abwenden und unterläßt sie das Eine oder das Andere, aus welchem Grunde immer, so wird ihr das zur processualen Schuld zugerechnet. Mit anderen Worten: sie unterläßt es auf eigene Gefahr.

Aus den Worten „hinderndes Ereigniß“ einerseits, „unvorhersehbar oder doch unabwendbar“ andererseits ergibt sich also Folgendes: im Wiedereinsetzungsverfahren ist die processuale Zurechnung (wie im Allgemeinen im Processe) weit strenger, als jene des Privatrechtes [40]); es wird der Partei nicht nur die böse Absicht und Fahrlässigkeit, sondern es werden ihr auch alle jene Zufälle zur Schuld zugerechnet, welche nicht allzu selten sind, mit denen daher im Processe die Parteien rechnen müssen. Nur eine vis, cui resisti non potest [41]) entschuldigt, dagegen nicht ein damnum, quod imprudentibus accidit [42]). Imprudentes sind aber im Sinne der Civilproceßordnung gar viele Leute,

---

[37]) A. M. Wachtel, S. 135.

[38]) Aehnlich, nur strenger, die Beantwortung der Fragen ad § 146 Punkt 1; Demelius, S. 113.

[39]) A. M. bezüglich der Schuldfrage Neumann, S. 408.

[40]) Vgl. Bülow im Archiv f. civil. Praxis, 62. Bd., S. 80 ff.

[41]) L. 15, § 2, D. 19, 2.

[42]) L. 51, § 2, D. 17, 2. Die Citate sind hier nach ihrem Wortsinne zu verstehen.

welche es im Sinne des Privatrechtes nicht sind. Denn nach § 146 C. P. O. liegt ein Wiedereinsetzungsgrund nur dann vor, wenn die Processpartei trotz gesteigerter Aufmerksamkeit das nicht alltägliche Hinderniß nicht vorhersehen oder doch nicht abwenden, z. B. umgehen konnte. Und eine Processpartei wendet nur dann die „Sorgfalt einer ordentlichen Partei“ [43]) an, wenn sie nicht nur wie ein bonus pater familias an die regelmäßigen Vorgänge denkt, sondern auch an alle jene Zufälle, welche sich nicht selten ereignen, vielmehr einen mehr oder weniger ständigen, wenn auch nach dem Zeitpunkte ihres Eintrittes nicht oder nicht genau bestimmbaren Charakter tragen, und wenn sie nicht gegen die Einen wie die Anderen Vorkehrungen (z. B. die zur ordnungsmäßigen Kanzleiführung gehörenden Controlmaßregeln) trifft, sei es, um sie zu beheben, sei es, um sie zu umgehen.

Darnach sind fast alle sub III angeführten Thatbestände keine Wiedereinsetzungsgründe, und nach den bis nun vorliegenden Fällen ist die Wiedereinsetzung bei gehöriger Processführung eine Seltenheit. Dieses Resultat entspricht auch, so unbequem es bisweilen dem Einzelnen sein mag, dem mündlichen Processe sehr gut, in welchem Wiedereinsetzungen viel seltener sein müssen, als im schriftlichen, soll nicht namentlich die Zeit der Parteien und des Gerichtes verschwendet sein.

Es ist vielleicht nicht nöthig, alle Fälle zu analysiren; die meisten sprechen ja für sich selbst. Darum mögen nur einige wichtigere aufgegriffen werden. So z. B. der Fall 6: die Partei gab an, daß sie häufig Verhandlungen vor Gericht habe, noch nie verschlafen habe und darum keine Vorsorge dafür zu treffen brauche, daß sie rechtzeitig erwache. Ihr war die Wiedereinsetzung zu versagen, denn sie durfte diese Vorkehrungen nur auf eigene Gefahr, nicht auf jene des Processgegners unterlassen, und überdies handelte es sich um kein „Ereigniß“. Ebenso ist der Fall Nr. 5 zu entscheiden. Es ist gewiß für die Processpartei unabwendbar, daß zwei öffentliche Uhren von einander differiren; allein eine aufmerksame Partei hat mit diesem gar nicht seltenen Geschehniß als einem möglichen zu rechnen und hat demgemäß den Gang zum Gericht etwas früher anzutreten; wäre freilich die Zeitdifferenz erheblich, so wäre das bei zwei öffentlichen Uhren derselben Stadt schon ein „Ereigniß“ und die darauf beruhende Versäumung nach § 146 C. P. O. heilbar. Ebenso lehrreich ist der Fall Nr. 22. Es ist ein zweifelloses Recht der Partei, ihre Sache persönlich vor dem Bezirksgerichte zu führen, und sie konnte auch die hindernde Krankheit nicht vorhersehen und nicht abwenden; aber sie konnte die Folgen ihrer Krankheit für den Process, das in dem Ereignisse liegende Hinderniß noch durch Bestellung eines Vertreters beheben, und da sie dies unter-

---

[43]) Die Redewendung ist von v. Canstein.

ließ, hat sie auf den Schutz des § 146 C. P. O. keinen Anspruch; wäre ihre Erkrankung am Tage der Verhandlung erfolgt, dann läge die Sache freilich anders. Auch der Fall Nr. 27 ist instructiv. Die Wiedereinsetzung ist ihm zu versagen, weil das Hinderniß nur die letzten zwei Tage der Frist umfaßte, und weil es der Partei möglich war, die betreffende Proceßhandlung vor Eintritt des Hindernisses vorzunehmen; die Partei durfte darum ihre Vornahme nur auf eigene Gefahr bis an das Ende der Frist hinausschieben.

Es ist zu hoffen, daß nach der in diesem Abschnitte gegebenen Definition (die zwar nicht den Wortlaut, aber den Sinn des § 146 C. P. O. trifft) die sichere Entscheidung aller Fälle möglich ist. Im Einzelnen bleibt natürlicherweise Vieles quaestio facti. Nur ein Punkt ist darum noch hervorzuheben, weil er in den Wiedereinsetzungsanträgen häufig vorkommt. Es sind dies die ex persona procuratoris entnommenen Wiedereinsetzungsgründe. Diese bilden nur dann einen Restitutionsgrund, wenn sie einen solchen auch für den Proceßbevollmächtigten proprio nomine bilden würden; die Folgen der Versäumung des Proceßbevollmächtigten sind für die Partei nur dann durch Wiedereinsetzung behebbar, wenn sie es auch wären, falls die Partei selbst durch dasselbe Ereigniß verhindert gewesen wäre. Dies bestimmen die §§ 34 und 39 C. P. O., welche sagen: die Partei wählt ihren Vertreter auf eigene Gefahr; thut ihr Vertreter seine Pflicht nicht oder schlecht, so trägt also im Processe nur die vertretene Partei, nicht ihr Proceßgegner die Folgen [44]). Es ist freilich fast immer richtig, daß die Versäumung des Bevollmächtigten für die Partei ein „unvorhersehbares oder doch unabwendbares Ereigniß" ist; allein dieses Ereigniß selbst ist schon nach dem Wortlaute des § 146 C. P. O. nicht der Wiedereinsetzungsgrund [45]), und seine Beachtung ist überdies durch die §§ 34 und 39 C. P. O. untersagt [46]). Es soll eben nach dem Willen des Gesetzes keine restitutio ab malam defensionem mehr geben, und wir sind nicht befugt, sie auf einem Umwege einzuführen. Darnach ist z. B. die Wiedereinsetzung in den Fällen 21, 23—27 zu versagen, weil es sich in allen Fällen um keine Ereignisse, sondern um einfache Zufälle handelte, welche dazu noch bei gehöriger Aufmerksamkeit und Controle leicht vermieden werden konnten, und weil der Umstand unentscheidend ist, daß die Unaufmerksamkeit des Vertreters für die Partei unvorhersehbar oder doch unabwendbar war.

ad 2. Die zweite Voraussetzung der Wiedereinsetzung wird durch die Eingangs dieses Abschnittes citirte Norm des § 149 Abs. 1 C. P. O.

---

[44]) Die Abhilfe bietet § 11 Adv. Ordn.

[45]) Diesen könnte nur jenes Ereigniß bilden, welches die Versäumung des Vertreters hervorruft, nicht diese Versäumung selbst.

[46]) A. M. Fürstl, S. 234. Für gesetzliche Vertreter bestimmt § 5 C. P. O. das Gleiche.

gebildet, und geht dahin, es sei, wenn möglich, die versäumte Proceßhandlung mit dem Wiedereinsetzungsantrage nachzuholen. Die Worte „wenn möglich" verwende ich nicht, um auszudrücken, daß dies der Partei möglich sein müsse, weil § 148 Abs. 2 C. P. O. ergibt, daß dies ohnedies bei jedem Wiedereinsetzungsantrage der Fall sein muß. „Wenn möglich" heißt vielmehr soviel, als „nach der Natur der versäumten Handlung möglich". Versäumte Schriftsätze sind also stets mit dem Wiedereinsetzungsantrage nachzuholen.

ad 3. Qualitativ stehen diese beiden Voraussetzungen der Wiedereinsetzung einander gleich. Fehlt auch nur eine von ihnen, so darf die Wiedereinsetzung nicht bewilligt werden [47]). Dagegen darf ein Wiedereinsetzungsantrag nicht a limine abgewiesen werden, dem die eine oder die andere dieser Voraussetzungen fehlt (§§ 148 Abs. 3, 149 Abs 2 C. P. O.); es muß vielmehr über den Antrag nach mündlicher Verhandlung entschieden werden.

Anders steht die Sache bei der dritten Voraussetzung, der zeitlichen. Wiedereinsetzungsanträge sind innerhalb bestimmter Frist zu stellen; kommen sie verspätet, so sind sie „ohne weiteres Verfahren" a limine abzuweisen (§ 148 Abs. 3 C. P. O.). Die Frist beträgt mit Ausnahme der in den §§ 555 und 575 C. P. O. geregelten Fälle vierzehn Tage, in den zwei genannten Ausnahmsfällen acht Tage; sie beginnt vom „Tage, an welchem das Hinderniß, welches die Versäumung verursachte, weggefallen ist," also nicht erst dann, wenn die Partei (z. B. durch Zustellung des Versäumnißurtheiles) erfahren hat, daß sie durch ihre Versäumung einen sachlichen Nachtheil erlitten habe; diese in der früheren Praxis vertretene Auffassung ist durch die sub I gegebenen Ausführungen über das Verhältniß der Restitution zum materiellen Rechte und überdies durch den Wortlaut des § 148 ausgeschlossen. Die Frist ist nicht verlängerbar (§ 148 C. P. O., Art. 38 des Einf. Ges. zur C. P. O.; § 14 Mahn Verf.). Mit Rücksicht auf den Anfangspunkt ihres Laufes kann sie trotz Rechtskraft des Urtheiles noch offen sein.

47) A. M. Wachtel, S. 138.

VI.

a) Subjecte des Wiedereinsetzungsverfahrens sind die Proceßparteien, einschließlich der Nebenintervenienten. Zur Antragstellung ist sowohl die Proceßpartei, als im Rahmen des § 19 C. P. O. der Nebenintervenient befugt; ferner jeder Steitgenosse für sich und jeder nothwendige Streitgenosse mit Wirkung für sich und bei Bewilligung für die anderen Streitgenossen berechtigt (s. oben IV, 5 ff.).

b) Der Antrag ist als Schriftsatz einzubringen; bei Bezirksgerichten kann er von der nicht durch einen Advocaten vertretenen Partei auch zu gerichtlichem Protokoll angebracht werden (§§ 149, 434 C. P. O.). Der Schriftsatz dient zur Vorbereitung einer mündlichen Verhandlung, muß daher nicht nur den §§ 75 und 76 C. P. O., sondern auch den §§ 77 und 78 C. P. O. entsprechen.

Imperativ schreibt noch § 149 C. P. O. vor, daß die versäumte Proceßhandlung oder die Vorbereitung der versäumten Tagsatzung gleichzeitig mit dem Antrage vorzunehmen ist; sie können je nach der Sachlage mit dem Schriftsatze auch vereinigt werden. Instructionell schreibt § 149 C. P. O. ferner vor, daß der Schriftsatz „alle den Wiedereinsetzungsantrag begründenden Umstände", sowie „die Mittel zu ihrer Glaubhaftmachung" anzugeben hat; daß es sich hier nur um eine instructionelle Vorschrift handelt, deren Nichtbefolgung keine sachlichen Nachtheile mit sich bringt, ergibt sich daraus, daß nach § 149 Abs. 2 C. P. O. auch auf einen mangelhaften Antrag Tagsatzung anzuordnen und daß nach § 179 C. P. O. bei dieser Tagsatzung die Nachholung des thatsächlichen Vorbringens zulässig ist [48]).

Der Wiedereinsetzungsantrag unterliegt dem Anwaltszwange, wenn ein solcher für die versäumte Proceßhandlung besteht. Darnach ist die Frage zu beantworten, wie es mit dem Anwaltszwange bei Wiedereinsetzung wider die Versäumung erster Tagfahrten vor Gerichtshöfen steht [49]).

Ist der Antrag formell mangelhaft, so ist seine Verbesserung nach den §§ 84, 85, 435 C. P. O. zulässig [50]).

---

[48]) A. M. Neumann, S. 413.

[49]) Neumann, S. 183; Friedländer in Ger.-Ztg. 1896, S. 131; Hoegel i. c. I., S. 334

[50]) Neumann, S. 413; Demelius, S. 125; abweichend Fürstl, S. 238.

c) Zuständig ist das Gericht, vor welchem die versäumte Proceßhandlung vorzunehmen war (§ 148 C. P. O.).

d) Der Antrag wird nur wegen offenbarer Verspätung (§ 148 Abs. 3 C. P. O.), wegen Unzuständigkeit (§ 41 Jur. Norm.) und in jenen Fällen a limine abgewiesen, in denen gegen die Versäumung der betreffenden Proceßhandlung die Wiedereinsetzung überhaupt unstatthaft ist; das sind die oben sub IV 6 genannten Fälle, in denen eine Wiedereinsetzung „nicht stattfindet" (§ 151 C. P. O.), „ausgeschlossen ist" (§ 460 C. P. O.). In allen anderen Fällen ist zur Verhandlung des Wiedereinsetzungsantrages Tagsatzung anzuordnen [51]), und sodann mündlich zu verhandeln (§ 148 Abs. 2 C. P. O.). Diese mündliche Verhandlung richtet sich nach den Vorschriften über die mündliche Streitverhandlung. Vor Gerichtshöfen entscheidet der Senat, ist aber die erste Tagsatzung versäumt worden, der Vorsitzende oder der von diesem beauftragte Richter (§ 37 G. O. G.). Nachholung von Thatsachen ist zulässig, da mündliche Verhandlung stattfindet; nur tritt an die Stelle der Beweisführung die Glaubhaftmachung (§ 149 C. P. O.). Diese unterscheidet sich, wie sub II dargestellt, von jener nicht im Maß, sondern nur in der Schleunigkeit. Das Gericht muß aus den erhobenen Beweisen die volle Ueberzeugung von der Wahrheit der relevanten Thatsachen gewinnen [52]); es darf aber nur solche Beweise aufnehmen, deren Aufnahme sich „sofort", d. h. ohne erhebliche Verzögerung durchführen läßt (§ 247 C. P. O.). Die eidliche Vernehmung der Partei ist jedenfalls ausgeschlossen (§ 274 C. P. O.), nicht aber ihre informative Befragung, und auch nicht ihre unbeeidete Vernehmung im Sinne des § 376 C. P. O. Zu diesen Beschränkungen der Glaubhaftmachung gegenüber der Beweisführung tritt noch die Beschränkung des gerichtlichen Geständnisses; dasselbe entbehrt hier der im § 266 C. P. O. normirten formalen Beweiskraft. Dies ergibt sich schon aus dem Umstande, daß § 274 C. P. O. von der Glaubhaftmachung durch „Beweismittel" spricht, § 266 C. P. O. aber das gerichtliche Geständniß (wenn auch mit Unrecht [53]) nicht zu den Beweismitteln zählt; dann aber folgt es auch aus der officiosen Erhebung der Thatsachen im Wiedereinsetzungsverfahren wie in jenem wegen Tagsatzungserstreckungen und Fristverlängerungen.

Erscheinen beide Parteien bei der mündlichen Verhandlung, so wird über den Wiedereinsetzungsantrag verhandelt und mit Beschluß

---

[51]) Vgl. die Beispiele der Beantwortung der Fragen ad §§ 146 Punkt 2, 149 Punkt 2.

[52]) Wahrscheinlichkeit des Beweisthema genügt also nicht; s. oben II.

[53]) S. R. Pollak, Gerichtliches Geständniß, S. 73 ff.; in diesem Hauptpunkte nachfolgend Wittmaack im Arch. für civ. Praxis Bd. 88 S. 1 ff.; insbes. S. 51 ff.; Bülow i. e. l. S. 317 ff.; insbes. S. 357 ff.; a. M. alle Anderen.

entschieden. Der Beschluß beruht auf den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung; dem Anerkenntnisse des Gegners, seiner Zustimmung zum Wiedereinsetzungsantrage kommt keine Bedeutung zu [54]). Die Verhandlung zur Hauptsache darf mit jener über den Wiedereinsetzungsantrag verbunden, oder unmittelbar an dieselbe nach Bewilligung der Wiedereinsetzung angeschlossen werden, wenn eine Tagsatzung versäumt wurde (§ 150 C. P. O.).

Bleiben beide Parteien aus, so ruht das Wiedereinsetzungsverfahren für drei Monate. Auf das Hauptverfahren hat dieses Ruhen des Wiedereinsetzungsverfahrens nur dann einen Einfluß, wenn das Hauptverfahren infolge des Wiedereinsetzungsantrages unterbrochen wurde (§ 152 C. P. O.). Diese Unterbrechung kann aber nach § 164 C. P. O. auf Antrag einer jeden Processpartei behoben werden, wenn dieselbe „das Erlöschen des Unterbrechungsgrundes“, hier also den Wegfall der im § 152 C. P. O. genannten Voraussetzungen der Unterbrechung glaubhaft macht [55]).

Bleibt eine der Parteien aus, so wird procedirt. Die relevanten Thatsachen werden aber nur erhoben, wenn der Antragsteller erscheint; denn „zur mündlichen Verhandlung“ gehört, daß in ihr der Wiedereinsetzungsantrag gestellt wird. Erscheint nur der Gegner, so wird darum nach Analogie des § 396 C. P. O. vorgegangen [56]).

e) Wirkung hat der Wiedereinsetzungsantrag auf das Hauptverfahren, den „Rechtsstreit“ grundsätzlich nicht; er hemmt den Fortgang des Rechtsstreites nicht (§ 152 C. P. O.). Hierin liegt eine wesentliche Verbesserung des früheren Rechtszustandes, welche dem Wiedereinsetzungsverfahren zum Theile die Natur eines Institutes zur Processverschleppung benimmt, zu welcher es früher oft mißbraucht wurde. Dieser Vortheil des § 152 C. P. O. muß festgehalten werden; die Unterbrechung des Rechtsstreites darf also nur auf Antrag und auch da nur dann angeordnet werden, „wenn dies unumgänglich nothwendig erscheint, um der voraussichtlich zu bewilligenden Wiedereinsetzung vollen Erfolg zu sichern, und wenn zugleich die Unterbrechung des Processes dem Gegner des Wiedereinsetzungswerbers einen erheblichen Nachtheil nicht zufügt“ [57]). Selbst diese ausnahmsweise Unterbrechung des Hauptprocesses ist übrigens gemäß § 164 C. P. O. wieder zu beheben, der Rechtsstreit ist auf Antrag wieder aufzunehmen, wenn „das Erlöschen des Unterbrechungs-

---

[54]) Ebenso Beantwortung der Fragen ad § 149 Punkt 3.

[55]) Dies wird beim Ruhen des Wiedereinsetzungsverfahrens sehr leicht sein.

[56]) A. M. Neumann, S. 414; Schauer (2. Aufl.), S. 379; die Beantwortung der Fragen ad § 149 Punkt 1.

[57]) Von einer Unterbrechung des Hauptprocesses ist die höhere Instanz zu verständigen, bei welcher letzterer schwebt (§ 152 Abs. 2 C. P. O.).

grundes" glaubhaft gemacht wird; im Wiedereinsetzungsverfahren liegt nun das Erlöschen des Unterbrechungsgrundes sowohl dann vor, wenn die Unterbrechung nicht mehr unumgänglich, als auch wenn die Wiedereinsetzung voraussichtlich nicht (mehr) zu bewilligen ist, als auch wenn die Unterbrechung nunmehr dem Gegner einen erheblichen Nachtheil zufügt, z. B. wegen der verschlechterten Vermögensverhältnisse. Von amtswegen oder auf Antrag ist das unterbrochene Verfahren wieder aufzunehmen, wenn der Wiedereinsetzungsantrag — sei es auch noch nicht rechtskräftig — erledigt ist (§ 152 Abs. 3 C. P. O.).

Ein Wiedereinsetzungsantrag hat allerdings immer hemmende Wirkung. Das ist jener wid r ein Versäumnißurtheil, wenn von derselben Partei gleichzeitig wider den Ablauf der Berufungsfrist die Wiedereinsetzung beantragt wird; da hemmt der erste Antrag das Verfahren über den zweiten; diese hemmende Wirkung dauert bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Antrages wider das Versäumnißurtheil (§ 147 Abs. 2 C. P. O.).

Ist ein Executionsverfahren schon im Zuge, so ist die Erhebung des Wiedereinsetzungsantrages ein Aufschiebungsgrund (§ 42 Z. 2 E. O.) der Execution zur Befriedigung, u. zw. nicht unter den Voraussetzungen des § 152 C. P. O., sondern unter jenen des § 44 E. O.; ist die Execution noch nicht begonnen, so darf sie im Falle der Aufschiebung nicht begonnen werden (§ 43 E. O.). Die sicherstellungsweise Execution ist aber nach § 370 E. O. gegen die dort geforderte Glaubhaftmachung, bei Zahlungsbefehlen des Mahnverfahrens auch ohne Glaubhaftmachung zulässig (§ 371 Z. 3 E. O.). Obwohl nämlich die Normen über die „Aufschiebung" der Execution im Allgemeinen auch die Execution zur Sicherstellung betreffen, muß hier doch eine Ausnahme gemacht werden; es wäre nämlich nicht einzusehen, warum gerade im Mahnverfahren der Wiedereinsetzungsantrag die Sicherungsexecution nicht verhindern könnte, wohl aber in allen anderen Verfahren.

f) Die Wirkung der bewilligten Wiedereinsetzung ist die, daß der Rechtsstreit in die Lage versetzt wird, in welcher er sich vor dem Eintritte der Versäumung befunden hat (§ 150 C. P. O.); der Wiedereinsetzungswerber erlangt also alle Proceßrechte wieder, welche er durch seine Versäumung verloren hatte. Das ohne ihn abgeführte Verfahren ist aber nicht nichtig, sondern nur „unwirksam" (§ 154 C. P. O.); daher behalten abgeführte Beweise ihre Bedeutung (s. § 289 C. P. O.), und beim Ausbleiben des Proceßgegners von der fortgesetzten Verhandlung im Hauptprocesse sind die §§ 398, 399 C. P. O. anzuwenden. Nur das infolge der Versäumung ergangene Urtheil ist bei Bewilligung der Wiedereinsetzung stets aufzuheben (§ 150 C. P. O.) und die etwa geführte Execution ist auf Antrag einzustellen (§ 39 Z. 1 E. O.). Im Mahnverfahren hat die Bewilligung der Wiedereinsetzung die Wirkung des Widerspruches (§ 14 Mahnverf.).

g) Rechtsmittel stehen gegen die Bewilligung der Wiedereinsetzung nicht zu (§ 153 C. P. O.), also auch nicht aus Nichtigkeitsgründen, was nicht unbedenklich erscheint, da auch der abgesonderte Recurs nicht zulässig ist; doch hat die höhere Instanz die Nichtigkeiten von amtswegen wahrzunehmen, falls sie auf Grund irgend eines Rechtzuges mit der Sache befaßt wird [58]). Die Nichtigkeitsklage steht offen, nicht auch die nur gegen Urtheile zulässige Wiederaufnahmsklage.

Gegen die Versagung der Wiedereinsetzung ist der Recurs zulässig, u. zw. auch in Bagatellsachen, hier jedoch nur, wenn es sich um Tagsatzungsversäumnisse oder solche von Rechtsmittelfristen handelt (§ 517 Z. 4 C. O.). Ein weiterer Rechtszug ist stets ausgeschlossen (§ 153, 528 Abs. 1 C. P. O.).

h) Die Kosten des Wiedereinsetzungsverfahrens trägt in jedem Falle der Antragsteller; sie werden ihm selbst dann nicht zurückerstattet, wenn er den Hauptproceß gewinnt (§ 48 C. P. O.). Zu diesen Kosten gehören nicht nur die Kosten dieses Verfahrens, sondern auch jene des etwa unwirksam gewordenen Verfahrens in der Hauptsache, sowie die dem Gegner durch die Versäumung entstandenen Kosten (§ 154 C. P. O.); gegen die Festsetzung ihrer Höhe ist nach dem §§ 514 und 517 Z. 5 C. P. O. trotz des nur scheinbar entgegenstehenden § 153 C. P. O. der Recurs zulässig [59]).

[58]) R. Pollak, Verzicht auf die untere Instanz in Allg. österr. Ger.-Ztg. 1897, S. 411; a. M. v. Schrutka, Jus novorum S. 26; Schimm in Jur. Bl. 1897, S. 577.

[59]) Neumann, S. 414. Ueber die Zulässigkeit eines Revisionsrecurses vgl. Beißer in Ger.-Ztg. 1898, Nr. 42.

Druckerei der k. Wiener Zeitung. — 1898. Nr. 125/8.



